

n°.

204

CONSEJO DE ESTADO

Boletín de Jurisprudencia



EDITORIAL

NORMAS ANULADAS

NORMAS SUSPENDIDAS

EXHORTOS

ACCIONES CONSTITUCIONALES

- ACCIONES DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL
- ACCIONES DE TUTELA
- ACCIONES POPULARES

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

SECCIÓN SEGUNDA

SECCIÓN TERCERA

SECCIÓN CUARTA

SECCIÓN QUINTA

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

República de Colombia
Consejo de Estado

Boletín de Jurisprudencia
Segunda época

Germán Bula Escobar
Presidente

Relatorías

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamón
José Orlando Rivera Manrique

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Gloria Stella Fajardo Guerrero
Narly del Pilar Morales Morales
Yenny Orjuela Díaz
Yolanda Velásquez Zárate

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Diana del Pilar Restrepo Nova

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

María Angélica Pulido Barreto

Acciones Constitucionales

Blanca Ligia Salazar Galeano
Carolina Valenzuela Cortés
Ingrid Catherine Viasús Quintero

Comité del Boletín

Rocío Araujo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
Oswaldo Giraldo López
Gabriel Valbuena Hernández
Guillermo Sánchez Luque
Milton Chaves García
Oscar Darío Amaya Navas
Ana Yasmín Torres Torres

Diseño

Juan David Pulido Gómez

Publicación

Sergio Altamiranda
Zulma Moreno Sosa

ÍNDICE

Contenido

EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS	5
II. NORMAS SUSPENDIDAS	6
III. EXHORTOS	6
IV. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	7
V. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	15
VI. SECCIÓN PRIMERA	29
VII. SECCIÓN SEGUNDA	38
VIII. SECCIÓN TERCERA.....	43
IX. SECCIÓN CUARTA	53
X. SECCIÓN QUINTA.....	57
XI. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	62

EDITORIAL

En esta edición se registran cinco normas anuladas, una norma suspendida y tres exhortos.

Entre otras decisiones relevantes, se registran las decisiones adoptadas por la Sala Plena mediante la cual se declara la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 1189 de 2016 y del Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016 mediante los cuales el Presidente de la República y el Consejo Superior de la Judicatura reglamentaron el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

La Sección Primera al analizar la legalidad de algunas normas del Decreto 142 de 2008 determinó que el alcalde municipal carece de competencia para establecer una tasa por ocupación del espacio público por materiales y escombros en la vía.

La Sección Segunda reconoció la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobreviviente con fundamento en el Decreto 758 de 1990 para los servidores públicos afiliados al ISS.

La Sección Tercera condenó al Estado por falla del servicio al ordenar el avance de una tropa hacía el lugar donde se sospechaba se encontraban armas no convencionales, lo que ocasionó lesiones graves a un suboficial del Ejército Nacional por la explosión de una mina antipersona.

La Sección Cuarta precisó que no procede el beneficio de auditoría respecto de las declaraciones de renta que la administración tuvo por no presentadas mediante auto declarativo que goza de la presunción de legalidad.

La Sección Quinta declaró la nulidad de la elección del director de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) por expedición irregular del acto generada en el procedimiento adelantado por el consejo directivo.

La Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó que el parentesco con un Viceministro no genera inhabilidad para aspirar a una curul en la Cámara de Representantes.

I. NORMAS ANULADAS

1. Decreto 142 de 2008, “*Por el cual se reglamenta el Acuerdo Municipal No. 010 de 2008*”, expedido por el alcalde del Municipio de La Ceja del Tambo (Antioquia): los artículos 7 y 9.

[Sentencia de 20 de octubre de 2017, Sección Primera, exp. 05001-23-31-000-2009-01253-01, C.P. María Elizabeth García González, acción de nulidad. \(Ver pág. 29 de este Boletín\).](#)

2. Decreto 1758 de 1990, “*Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios*”. Artículo 50 y Resolución 2266 de 1998, “*Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de Seguros Sociales*”: Artículo 23.

[Sentencia de 8 de febrero de 2018, Sección Segunda, exp. 11001-03-25-000-2008-00013-00\(0353-08\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, acción de nulidad. \(Ver pág. 40 de este Boletín\).](#)

3. Acuerdo 020 de 2002, “*por medio de la cual se autoriza el cobro de una sobretasa y se dictan otras disposiciones*”, expedido por el concejo del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena.

[Sentencia de 8 de febrero de 2018, Sección Primera \(S5 Descongestión Acuerdo 357/2017\), exp. 13001-23-31-000-2002-01674-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro, acción de nulidad. \(Ver pág. 38 de este Boletín\).](#)

4. Resolución 129 de 2010, “*Por medio de la cual se reglamenta un procedimiento para resolver las solicitudes de Licencias de Intervención y Ocupación del Espacio Público en la Secretaría de Planeación Municipal*”, proferida por Secretaría de Planeación Municipal de la Alcaldía de Pasto: el artículo 1 –parcialmente-.

[Sentencia de 1 de marzo de 2018, Sección Primera \(S5 Descongestión Acuerdo 357/2017\), exp. 52001-23-31-000-2011-00034-01, C.P. Rocío Araujo Oñate, acción de nulidad. \(Ver pág. 37 de este Boletín\).](#)

5. Acuerdo 013 de 2006, “*«[p]or medio del cual se revisa y ajusta el Acuerdo 031 de 2000, Plan Básico de Ordenamiento Territorial»*”, expedido por el concejo del Municipio de La Ceja del Tambo (Antioquia).

[Sentencia de 22 de marzo de 2018, Sección Primera \(S5 Descongestión Acuerdo 357/2017\), exp. 05001-23-31-000-2008-00254-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, acción de nulidad. \(Ver pág. 35 de este Boletín\).](#)

II. NORMAS SUSPENDIDAS

1. Decreto 1547 de 2015, “*por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1077 de 2015 en lo relacionado con el trámite de las solicitudes de licencias urbanísticas*”, expedido por el Presidente de la República: el artículo 1 parágrafo 3 –parcialmente-; literal a) –parcialmente- e inciso 2 del literal b) –parcialmente-.

[Auto de 9 de febrero de 2018, Sección Primera, exp. 11001-03-24-000-2015-00522-00, C.P. Oswaldo Giraldo López, medio de control nulidad. \(Ver pág. 33 de este Boletín\).](#)

III. EXHORTOS¹

1. **Se exhortó a la Procuraduría General de la Nación para que estudie la posibilidad de asumir el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por queja en presunta discriminación de género.**

La Sala resolvió: “**EXHORTAR** a la *Procuraduría General de la Nación* para que estudie la posibilidad de ejercer su poder preferente, con el fin de asumir el conocimiento del proceso disciplinario iniciado por queja presentada por *Ximena Alejandra Cáceres Gacha*”.

[Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Sección Cuarta, exp. 25000-23-36-000-2017-00431-01\(AC\), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, acción de tutela.](#)

2. **En acción de tutela se exhortó a la Defensoría del Pueblo, Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, para que, en el menor tiempo posible, conforme el grupo definitivo de adherentes a la sentencia del Relleno Sanitario Doña Juana, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en noviembre de 2012.**

La Sala resolvió: “**Exhortar** a la Defensoría del Pueblo, Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, para que procure el cumplimiento de los términos del convenio interadministrativo y conforme, en el menor tiempo posible, el grupo definitivo de adherentes”.

[Sentencia de 1 de febrero de 2018, Sección Cuarta, exp. 11001-03-15-000-2017-03038-00\(AC\), C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, acción de tutela.](#)

3. **Se exhortó a la presidencia de esta Corporación para que establezca en la página web institucional un enlace que contenga la jurisprudencia relacionada con el conflicto armado colombiano.**

Se decidió: “**EXHORTAR** a la Presidencia del Consejo de Estado para que, con el apoyo de la Comisión de Relatoría creada mediante Acuerdo n.º 001 del 14 de febrero de 2018, establezca en la página web institucional de esta alta corte un enlace que contenga su jurisprudencia relacionada con el conflicto armado colombiano, en donde deberán incluirse todos los casos en este contexto ocurridos, entre ellos el resuelto mediante la presente providencia”.

¹ El exhorto es un requerimiento en el que, con ocasión de una decisión judicial, el Juez hace notar a una de las partes – por lo general a la demandada- o a un tercero concernido en el contexto del caso, la pertinencia de realizar los actos necesarios para impactar la política pública relacionada con lo resuelto, con el ánimo de prevenir la ocurrencia de nuevos hechos como los que originaron el litigio en cuestión. También se incluyen los requerimientos orientados a enderezar procedimientos.

[Sentencia de 14 de febrero de 2018, Sección Tercera, exp. 73001-23-31-000-2011-00167-01\(52616\), C.P. Danilo Rojas Betancourth, acción de reparación directa.](#)

IV. ASUNTOS CONSTITUCIONALES

Tutela contra providencia judicial

1. **Se amparan derechos de víctima de desplazamiento forzado por desconocimiento del precedente jurisprudencial relativo al criterio de flexibilización probatoria ante la ocurrencia de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.**

Síntesis del caso: *Víctima de desplazamiento forzado presentó demanda de reparación directa para obtener la indemnización de los perjuicios causados por el desplazamiento junto con su grupo familiar. El Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia en segunda instancia desconociendo el precedente jurisprudencial.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DEFECTO FÁCTICO POR INDEBIDA VALORACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO / DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO DE RITUAL MANIFIESTO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / CRITERIO DE FLEXIBILIZACIÓN PROBATORIA

Problema jurídico: *¿El Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en los defectos fáctico, procedimental y de desconocimiento del precedente jurisprudencial al proferir la sentencia dentro del medio de control de reparación directa promovido por los accionantes contra el Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional - Policía Nacional?*

Tesis: “[S]e conmina al juez administrativo, conocedor de la realidad del conflicto armado interno, a [...] acudir a criterios flexibles, privilegiar la valoración de medios de prueba indirectos e inferencias lógicas guiadas por las máximas de la experiencia, a efectos de reconstruir la verdad histórica de los hechos y lograr garantizar los derechos fundamentales a la verdad, justicia y reparación de las personas afectadas. En el sub examine, atendiendo lo expuesto, la Sala encuentra acreditados los defectos i) fáctico, por indebida valoración del acervo probatorio, ii) procedimental, por exceso de rigor manifiesto y, iii) de desconocimiento de precedente jurisprudencial, por parte del Tribunal Administrativo del Tolima al dictar la sentencia del 17 de febrero de 2017, en el medio de control de reparación directa, con radicación 73001-33-33-002-2012-00187-01 (2206-2015). En consecuencia, se ordenará al citado Tribunal dictar nueva providencia de segunda instancia, en la que deberá decidir en atención al precedente jurisprudencial relativo al criterio flexibilización probatoria ante la ocurrencia de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario; criterio desarrollado ampliamente en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014”.

[Sentencia de 30 de junio de 2017, Sección Primera, exp. 11001-03-15-000-2017-00836-00\(AC\), C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, acción de tutela.](#)

2. Se ordena el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a docente oficial.

Síntesis del caso: *El actor considera que las autoridades judiciales demandadas vulneraron su derecho fundamental a la igualdad, al negarle el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, que estima procedente, al considerar que su calidad de docente oficial es asimilable a la de un servidor público.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN / RECONOCIMIENTO DE SANCIÓN MORATORIA A DOCENTE OFICIAL / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS A DOCENTE OFICIAL

Problema jurídico: *¿Se vulneró el derecho a la igualdad y se incurrió en desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a un docente oficial?*

Tesis: “En el sub lite, afirma el actor que (...) las autoridades judiciales cuestionadas desconocieron el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en relación con el reconocimiento de la sanción moratoria (...) a los docentes oficiales (...) la Sala observa que los presupuestos de hecho, de derecho y las consideraciones que sirvieron de sustento a las decisiones judiciales que fueron revocadas por la Corte Constitucional, en la sentencia SU-336 de 2017, son similares a los presupuestos (...) objeto de la acción de tutela presentada por el actor (...) la Sala advierte que el Tribunal Administrativo del Tolima (...) no hizo alusión o referencia a la sentencia C-486 (...) de 2016, como precedente constitucional previo a la SU-336 (...) de 2017 en los términos indicados en esta última (...) la Sala observa que si bien el Juzgado Tercero Oral Administrativo, [al momento de proferir sentencia] (...) pudo no haber conocido, por lo cercano de la fecha, la sentencia C-486 [de 2016], si ha debido, en los términos previamente expuestos de la Corte Constitucional, [tener] como referente la sentencia C-741 de 2012. Por tanto, la Sala considera que procederá a aplicar, en el caso presente, la sentencia de unificación jurisprudencial SU-336 del 2017 de la Corte Constitucional, respecto de las causales específicas de violación directa de la Constitución y desconocimiento de precedente jurisprudencial constitucional. Así las cosas, por las razones antes señaladas, se concederá el amparo solicitado, al encontrarse configurado los defectos invocados por el accionante”.

[Sentencia de 06 de octubre de 2017, Sección Primera, exp. 11001-03-15-000-2017-01856-00\(AC\), C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés \(E\), acción de tutela.](#)

3. Providencia judicial vulneró los derechos constitucionales de adulto mayor al declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda obligándolo a reiniciar una reclamación en sede administrativa que por su avanzada edad, se convierte en una carga desventajosa y desproporcionada.

Síntesis del caso: *Adulto mayor a quien se le había reconocido reliquidación pensional solicita la revocatoria de la providencia proferida en segunda instancia que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por el no agotamiento del requisito de procedibilidad.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN / RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Problema jurídico: *¿El Tribunal Administrativo del Magdalena vulneró los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la protección del adulto mayor, y a la seguridad jurídica, al revocar la providencia que accedió al reconocimiento de la reliquidación pensional solicitada y en su lugar declaró la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda?*

Tesis: “[E]l ad quem dentro del trámite de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho basó su decisión en que no se probó el agotamiento de los recursos en sede administrativa, previstos en el CPACA como un requisito de procedibilidad de la demanda (artículo 161). Sin embargo, debe indicarse que para esta Sala dicho argumento desconoce parte del contexto fáctico del caso concreto, comoquiera que no se tiene en cuenta que la demandante para la fecha en la que se profirió la decisión de segunda instancia contaba ya con 68 años de edad, lo que la cataloga, a la luz de la Ley 1251 de 2008, como un adulto mayor, es decir, un sujeto de especial protección constitucional. En tal sentido, la decisión enjuiciada se erige bajo la prevalencia de las formas sobre la materia y constituye entonces una violación directa de la Constitución, pues al exigir a la [accionante] el reinicio de la actuación – reclamación administrativa correspondiente para obtener la reliquidación de su pensión de jubilación, se le impone una carga desproporcionada, que hace nugatorio sus derechos fundamentales a la seguridad social y de acceso a la administración de justicia”.

[Sentencia de 15 de enero de 2018, Sección Segunda, exp. 11001-03-15-000-2017-03032-00\(AC\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, acción de tutela.](#)

4. El Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, vulneraron los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, al declarar la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sin estudiar las circunstancias especiales del caso.

Síntesis del caso: *El Juzgado Noveno Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, mediante los autos de 16 de marzo y 19 de agosto de 2016, rechazaron por caducidad la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sin tener en cuenta que no había lugar a declarar la caducidad, comoquiera que el acto administrativo cuestionado se notificó el 4 de septiembre de 2014 y, si bien, en principio, la caducidad operó el 5 de enero de 2015, para esa fecha, los despachos judiciales se encontraban cerrados por vacancia judicial, de manera que el término de caducidad se extendía hasta el día hábil siguiente, esto es, el 13 de enero de 2015, fecha en la cual la Rama Judicial inició labores. Adicionalmente, desconocieron que antes de esta fecha se presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, por lo que el término de caducidad se suspendía.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL SUSPENDE TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DEFECTO PROCEDIMENTAL

Problema jurídico: *¿[L]a Sala deberá resolver si las autoridades judiciales accionadas han transgredido los derechos fundamentales deprecados por el [actor] al rechazar por*

caducidad la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta contra la Nación – Ministerio de Defensa Armada Nacional?

Tesis: “En el presente caso no es dable concluir que operó el fenómeno de la caducidad, porque tratándose de un plazo de meses (4 meses), se computan según el calendario. Entonces, como el acto administrativo acusado se notificó el 4 de septiembre de 2014, al día siguiente se empiezan a contar los términos para interponer la demanda, es decir, que en principio, la caducidad se configuraba el 5 de enero de 2015; pero como para esa fecha, los despachos judiciales se encontraban cerrados por vacancia judicial, el término de caducidad se extendió hasta el día siguiente hábil, esto es, el 13 de enero de 2015, fecha en que la rama judicial inició labores. Es decir, el término de caducidad fenecía el 13 de enero de 2015. No obstante, la Sala advierte que en esa fecha los términos estaban suspendidos, porque el 9 de enero del mismo año, el actor formuló solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación. Como para la fecha en que se vencía el término para demandar ya se había interpuesto la solicitud de conciliación, el término de caducidad se suspendió. Teniendo en cuenta que la audiencia de conciliación se llevó a cabo el 19 de febrero de 2015 y, a su vez, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se radicó el 20 de los mismos mes y año, por lo que queda desvirtuado la configuración del fenómeno de la caducidad. Así las cosas, estima la Sala que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto procedimental, en perjuicio del derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia del demandante”.

[Sentencia de 8 de febrero de 2018, Sección Cuarta, exp. 11001-03-15-000-2017-00244-01\(AC\), C.P. Milton Chaves García, acción de tutela.](#)

5. Se protege el derecho a la información sobre estudio de impacto ambiental.

Síntesis del caso: *La autoridad judicial accionada, al resolver un recurso de insistencia, negó el acceso al expediente sobre el trámite de una licencia ambiental de la empresa Suministros de Colombia S.A.S, para la construcción de la planta productora de cementos “Paraje Río Claro”. El actor, pretende por medio de la acción de tutela tener acceso al estudio de impacto ambiental que soporta dicho expediente.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DERECHO A LA INFORMACIÓN - Vulneración / DEFECTO SUSTANTIVO / INDEBIDA INTERPRETACIÓN NORMATIVA / RESERVA DE LA INFORMACIÓN DE ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL - Inexistencia

Problema jurídico: *¿Incurrió la autoridad judicial accionada en defecto sustantivo al resolver el recurso de insistencia promovido por la actora, y negar el acceso a un estudio de impacto ambiental?*

Tesis: “[L]a Sala estima que la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, incurrió en un defecto sustantivo por (...) indebida aplicación [normativa] (...) Los documentos que no se encuentran expresamente reservados por la ley son de libre acceso. Esto quiere decir que toda limitación para obtener la información debe encontrar fundamento en la norma que regula su reserva. La ley que restringe el derecho al acceso a la libertad de información es precisa y en ella no se encuentra prohibición expresa de los documentos con carácter ambiental. Verificado (...) [el] expediente de tutela, fue posible constatar que la [actora] no se hizo presente en ninguna de las reuniones en las que Ecocementos S.A.S. socializó el proyecto “Planta Productora de Cemento, Paraje Río Claro, Sonsón Antioquia”, lo que no es óbice para negar a la demandante el acceso a la información que reposa en el estudio

de impacto ambiental, pues el carácter de esta información es pública y cualquier ciudadano puede solicitarla, incluso si no hizo parte de la socialización del proyecto que amenaza impactos ambientales (...) La decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia (...) en la que no accedió al recurso de insistencia formulado por la accionante desconoció el carácter restrictivo que se le debe dar a la reserva de información, en tanto no indicó de manera expresa la norma que establece la imposibilidad de hacer entrega del estudio de impacto ambiental”.

[Sentencia de 15 de marzo de 2018, Sección Cuarta, exp. 11001-03-15-000-2016-01943-01\(AC\), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, acción de tutela.](#)

6. Se ampara el derecho al debido proceso por desconocimiento del precedente de esta Corporación relacionado con la prescripción extintiva cuando se discute la existencia de un contrato realidad y la imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales.

Síntesis del caso: *Auxiliar de servicios generales de la Secretaría de Educación del Municipio de Pereira vinculada mediante contrato de prestación de servicios presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar el reconocimiento de la relación laboral y pago de las prestaciones laborales adeudadas. El Tribunal Administrativo de Risaralda, profirió sentencia en segunda instancia, desconociendo el precedente del Consejo de Estado relacionado con la prescripción extintiva.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA / CONTRATO REALIDAD / IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Problema jurídico: *¿La decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incurrió en un defecto sustantivo y en el desconocimiento del precedente del Consejo de Estado, al no declarar la existencia de una relación de carácter laboral entre la parte demandante y la parte demandada y, hay lugar a liquidar y pagar las diferencias salariales y las prestaciones sociales liquidadas conforme a los derechos laborales de los empleados de planta que realizaban las mismas labores que la actora?*

Tesis: “Para la Sala las conclusiones a las que arribó el Tribunal Administrativo de Risaralda son equivocadas puesto que, pese a que conocía la existencia de la providencia del 25 de agosto de 2016, no realizó el estudio principal de la controversia planteada, esto es, si existía o no relación laboral entre la [actora] y el Municipio de Pereira, lo cual es externo al fenómeno de la prescripción extintiva. Además de lo anterior, sin mayor análisis concluyó que los aportes realizados por la actora sobrepasaban los aportes que debía realizar la entidad demandada, en el caso de existir una verdadera relación laboral. (...). Como este análisis no se presentó en el caso en estudio, la Sala considera que sí se configuró el desconocimiento del precedente alegado por la parte demandante y, en consecuencia, amparará el derecho fundamental al debido proceso invocado. [E]l Tribunal Administrativo de Risaralda dentro del trámite de nulidad y restablecimiento decid[ira] teniendo cuenta la postura establecida por la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, cuando se discute judicialmente la existencia de un contrato realidad, por existir allí algunos derechos imprescriptibles de los trabajadores”.

[Sentencia de 1 de marzo de 2018, Sección Quinta, exp. 11001-03-15-000-2017-03238-00\(AC\), C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, acción de tutela.](#)

Acciones de tutela

7. La Gobernación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina deberá garantizar el derecho fundamental a la consulta previa del pueblo raizal en los proyectos de «remoción del Cañón de Morgan» y «Museo Histórico de la cultura raizal».

Síntesis del caso: *El gobierno departamental de San Andrés inició la peatonalización de la avenida Providencia con avenida Américas (en el centro de la isla). Como consecuencia de las obras fue removido el monumento del Cañón de Morgan que por 40 años estuvo ubicado en el mismo lugar. No obstante, para la ejecución de estos proyectos se omitió llevar a cabo el trámite de la consulta previa con la comunidad raizal. Adicionalmente, la Gobernación tiene proyectado la construcción de un museo de historia raizal que, a pesar del impacto directo sobre la comunidad, tampoco ha sido consultado.*

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD RAIZAL / REMOCIÓN DE MONUMENTO - Cañón de Morgan / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA SOBRE REMOCIÓN DEL CAÑÓN DE MORGAN / DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN RELACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DEL MUSEO HISTÓRICO DE LA CULTURA RAIZAL / PEATONALIZACIÓN DE VÍA NO VULNERA EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD RAIZAL

Problema jurídico: *¿Vulneró el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el derecho a la consulta previa de la comunidad raizal por haber proyectado y ejecutado la peatonalización de una vía urbana, la remoción de un monumento y la construcción de un museo de historia étnica?*

Tesis: “[E]sta Sala considera que la intervención de «un tramo» de la avenida Providencia «para uso y tránsito peatonal», no supone una afectación directa para la comunidad raizal de la isla de San Andrés y, por lo tanto, comparte la decisión del *a quo* de no amparar el derecho a la consulta previa respecto de esta petición. (...) [E]l monumento al «Cañón de Morgan», que por más de 40 años ha permanecido en un mismo sitio en la isla de San Andrés, no puede considerarse un objeto más del mobiliario urbano del municipio, pues hace parte de la identidad de la comunidad raizal, en tanto ícono de la historia del territorio del Archipiélago que recuerda y representa los orígenes de sus habitantes. Por ello, es preciso que cualquier medida administrativa, bien sea encaminada a su reubicación, alteración o modificación, sea previamente consultada con los raizales, quienes deberán dar su consentimiento para llevar a cabo dichas actuaciones. En ese sentido, la Sala confirmará la decisión del *a quo*, al estimar necesario implementar el trámite de la consulta previa por parte de la Administración departamental, en relación con cualquier medida que afecte, positiva o negativamente, al mentado monumento histórico. (...) Para la Sala, a pesar de que en el proceso no se encuentra suficiente información sobre el proyecto del Museo Histórico de la cultura raizal (lo único que se acredita es un acuerdo entre las partes para implementar en la isla de San Andrés el museo), la implementación de un museo de historia, que seguramente tendrá por finalidad la exposición a residentes y visitantes del camino sociocultural surtido por los raizales desde sus orígenes hasta la actualidad, no puede quedar a merced de decisiones meramente administrativas y, por tanto, deberá ser consultado con la comunidad de manera previa e inmediata”.

[Sentencia de 22 de enero de 2018, Sección Segunda, exp. 88001-23-33-000-2017-00077-01\(AC\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, acción de tutela.](#)

8. **Se amparan los derechos a la igualdad y al debido proceso al configurarse los actos de discriminación en razón del género y evidenciar un trato diferenciador, que no tiene justificación constitucional.**

Síntesis del caso: *En el municipio de Chía una joven fue abordada por policías de un puesto de control, quienes según su versión condicionaron la entrega de sus documentos a que les diera su número de celular y saliera con uno de ellos. La joven presentó queja disciplinaria contra los uniformados y mediante acción de tutela solicita ser parte en el proceso.*

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR GÉNERO / INTERVENCIÓN EXCEPCIONAL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO / ACTO DISCRIMINATORIO / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Problema jurídico: *¿Es posible vincular a la tutelante en calidad de parte dentro del proceso disciplinario?*

Tesis: “[La accionante] tiene derecho a actuar en calidad de parte dentro del proceso disciplinario que inició contra los policías que participaron en los hechos de 8 de marzo de 2017. La razón obedece a que la discriminación por género y el acoso a la mujer constituyen violaciones a los derechos humanos. (...). [L]a Sala considera que la Policía Nacional no logró desvirtuar la presunción a favor de la accionante. Por el contrario, las pruebas allegadas por la entidad brindan indicios que corroboran la versión de la tutelante. (...). Por lo anterior se concluye que los policías que participaron en la noche de los hechos sí incurrieron en un acto discriminatorio en contra de la accionante, pues no existe justificación constitucional para que, luego de verificado que sus documentos estaban en orden y que el accesorio decorado con balas –que inicialmente generó sospechas fundadas en los funcionarios– no era más que un simple objeto ornamental, los agentes hayan creado un escenario de presión para que la tutelante se sintiera obligada a dar su número de celular a uno de los funcionarios, con el fin de tener una cita. (...). [L]a Sala observa que no tener la dirección de residencia de los policías no es una razón suficiente para no recibir la denuncia penal que la accionante intentó presentar ante la Fiscalía General de la Nación – Localidad Chía. (...). En este orden de ideas, la actuación en que presuntamente incurrió la Fiscalía constituye una vulneración al derecho al acceso a la administración de justicia, pues de entrada se habría cercenado la posibilidad de iniciar el proceso penal al no permitir si quiera que la accionante radicara la denuncia”.

[Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Sección Cuarta, exp. 25000-23-37-000-2017-00431-01\(AC\), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, acción de tutela.](#)

9. **Se exhortó a la Defensoría del Pueblo, Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, para que, en el menor tiempo posible, conforme el grupo definitivo de adherentes a la sentencia del Relleno Sanitario Doña Juana, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en noviembre de 2012.**

Síntesis del caso: *Se cuestiona la demora injustificada de la Defensoría del Pueblo, Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, en la expedición del acto administrativo de conformación del grupo definitivo de adherentes a la sentencia del 1º de noviembre de 2012, dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, así como, en el pago de las indemnizaciones correspondientes. Lo anterior, pese a que el Distrito Capital de Bogotá depositó el dinero correspondiente al fondo en mención en el año 2015.*

AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ADECUADA GESTIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA CONFORMACIÓN DEL GRUPO DE ADHERENTES - A cargo del Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos / DEMORA JUSTIFICADA EN LA CONFORMACIÓN DEL GRUPO DE ADHERENTES

Problema Jurídico: ¿[L]a Sala deberá examinar si la Defensoría del Pueblo, Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, vulneró los derechos fundamentales de la actora, por la demora en la expedición del acto administrativo de conformación del grupo definitivo de adherentes a la sentencia del 1º de noviembre de 2012, dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado?

Tesis: “La Sala no puede desconocer que, como lo informó la entidad demandada en la oposición a la tutela y se constató en la página web, se recibieron cerca de 630 mil solicitudes de adhesión. (...) [L]a Defensoría del Pueblo, Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, era consciente de que el recurso humano con el que contaba iba resultar insuficiente para cumplir eficientemente la función encomendada por la sentencia del 1º de noviembre de 2012 y, por ende, estimó conveniente contratar un operador logístico para la recepción y el análisis de los documentos.(...) Y una vez tuvo conocimiento del total de las solicitudes, que superaba ampliamente el número estimado, la Defensoría del Pueblo informó de la suscripción del convenio interadministrativo con la Universidad Nacional, que sería la encargada, en un plazo de 24 meses, de estudiar los documentos y determinar quiénes tenían derecho a formar parte del grupo de adheridos. (...) [L]a Defensoría del Pueblo ha desplegado las actuaciones necesarias para lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia del 1º de noviembre de 2012. (...) [L]a Defensoría del Pueblo, Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, no vulneró los derechos fundamentales de la actora, pues la demora en la conformación del grupo de adherentes está plenamente justificada”.

[Sentencia de 1 de febrero de 2018, Sección Cuarta, exp. 11001-03-15-000-2017-03038-00\(AC\), C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, acción de tutela.](#)

Acción Popular

10. Se amparan los derechos colectivos a la defensa del patrimonio cultural y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente con ocasión de la caída del techo del edificio en donde funciona la facultad de derecho en la Universidad Nacional.

Síntesis del caso: *En el edificio donde funciona la facultad de derecho de la Universidad Nacional se cayó parte del techo y la estructura se encuentra tan deteriorada que está a punto de derrumbarse, lo que resulta un peligro para la integridad de los estudiantes, docentes y empleados administrativos.*

VULNERACIÓN A LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO A UNA INFRAESTRUCTURA / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD / PREVENCIÓN DE DESASTRES

Problema jurídico: *¿El Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Hacienda y la Universidad Nacional de Colombia vulneraron los derechos colectivos a la defensa del Patrimonio Cultural de la Nación; al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, con ocasión de la caída del techo del Edificio 201 del Campus de la Universidad Nacional de Colombia –Sede Bogotá, en donde funciona la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales?*

Tesis: “Para la Sala es claro que las obras adelantadas por la Universidad Nacional de Colombia con ocasión de los daños producidos por la temporada invernal en el año 2013, si bien solventaron la situación temporalmente, no garantizaron la protección de los derechos colectivos al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, pues tal como se constató, solo duraron tres años ya que nuevamente colapsaron con el invierno de 2016, a pesar de lo señalado en el estudio del perito de que “[...] las reparaciones y mantenimiento del Edificio de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales fueron ejecutados dentro del rigor de las normas correspondientes [...]”, colocando nuevamente en riesgo a la comunidad usuaria de dicha facultad, situación que debe ser resuelta, se insiste, con la adopción de medidas definitivas”.

[Sentencia de 10 de noviembre de 2017, Sección Primera, exp. 25000-23-41-000-2015-02548-01\(AP\), C.P. María Elizabeth García González, acción popular.](#)

V. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

11. Se declaró la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 1189 de 2016, mediante el cual el Presidente de la República reglamentó el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Síntesis del caso: *La Sala Plena del Consejo de Estado decidió el proceso de nulidad por inconstitucionalidad presentado contra el Decreto 1189 de 2016, expedido por la Presidencia de la República, para reglamentar el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial a cargo del Presidente de la República por haberse infringido directamente la Constitución en su expedición, al ser el legislador y no el Presidente de la República, el competente para regular las convocatorias públicas para integrar las ternas que el presidente presenta al Congreso de la República para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD / COMPETENCIAS DE LA SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO / INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación

Problema jurídico 1: *¿Es competente la Sala Plena del Consejo de Estado para conocer de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad presentada contra el decreto expedido por el Presidente de la República para reglamentar el trámite de convocatoria para la integración de las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis 1: “La Sala, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 237 y 241 de la Carta Política, así como de lo señalado en el artículo 135 del CPACA, considera reunidas en forma concurrente, las condiciones requeridas para el uso del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, por los siguientes motivos: Bajo un criterio orgánico y formal de análisis del acto demandado, es indudable que se trata de un decreto expedido por el Presidente de la República, cuya competencia fue sustentada por éste en el ejercicio de la potestad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo 189 y en el artículo 257 A de la Carta, lo que prima facie ubica a esta disposición dentro de la competencia residual que corresponde al Consejo de Estado, en tanto la norma demandada no encaja en ninguna de las previstas en el artículo 241 de la Constitución Nacional, cuya competencia corresponde a la Corte Constitucional. Desde el punto de vista material, del contenido del decreto presidencial, es claro su carácter general puesto que dicta las reglas que rigen el proceso de postulación y elección de candidatos a conformar las ternas que el Presidente de la República debe presentar ante el Congreso de la República para elección de magistrados del Consejo de Disciplina Judicial, de acuerdo con la atribución rescrita en el artículo 257 A de la Constitución, y en esa medida sus destinatarios son todos aquellos ciudadanos que estén interesados en participar del mismo, con el fin de ejercer su derecho de acceso a los cargos públicos. Desde el marco de las pretensiones de la demanda, el eje de la problemática está dado en función de la violación directa de disposiciones de la Constitución Nacional por parte del decreto presidencial, es decir, la fuente normativa violada es directamente la Constitución, como norma de normas. Por cuanto los cargos no se han fundado en la violación mediata o indirecta del texto superior y la causa de la problemática planteada responde a una genuina discusión constitucional acerca de quién es competente para reglar las convocatorias públicas, discusión que a su turno impone estudiar de fondo la competencia reglamentaria del Presidente de la República conforme los artículos 126 y 257 A constitucionales, es posible descartar para este caso, la acción de nulidad como mecanismo adecuado para atacar el decreto presidencial que regula la convocatoria pública, porque en forma preponderada la discusión se ajusta la finalidad prevista para la acción de nulidad por inconstitucionalidad”.

REGLAMENTACIÓN DE LA INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / ELECCIÓN DE MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / CLAUSULA DE RESERVA DE LEY

Problema jurídico 2: *¿Era competente el Presidente de la República para reglamentar la integración de las ternas para la conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis 2: “La Sala Plena considera que el artículo 257-A de la Constitución Política no habilita al Presidente de la República para dictar un decreto autónomo constitucional que regule la convocatoria pública, cuyo propósito es la conformación de tres ternas a efectos de que sean elegidos por el Congreso de la República, tres de los siete Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Dicho de otra forma, el Decreto 1189 de 2016 no es un decreto autónomo constitucional. (...) El Decreto 1189 de 2016 es contrario al artículo 126 de la Constitución Política, puesto que, ante la ausencia de una disposición clara, expresa e inequívoca en el artículo 257-A de la Constitución Nacional, que fije la competencia para expedir el reglamento en cabeza del Presidente de la República, es necesario atender la cláusula general de competencia que le asiste al Congreso de la República para realizar la ley de convocatorias de servidores públicos que no deben acceder a la función pública por concurso y que deben ser elegidos por una corporación pública, prevista en el artículo 126 ibídem, a partir del cual la elección los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debe estar precedida por una convocatoria pública reglada por ley. En consecuencia, el Presidente de la República no es competente para expedir actos que reglamenten dicha convocatoria, motivo por el cual hay lugar a declarar su inconstitucionalidad del mencionado decreto presidencial”.

[Sentencia del 5 de diciembre de 2017, exp. 11001-03-24-000-2016-00484-00\(AI\), C.P. Rocío Araújo Oñate, medio de control de nulidad por inconstitucionalidad](#)

* Salvaron su voto Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Milton Chaves García, María Elizabeth García Gonzalez, Oswaldo Giraldo López, William Hernández Gómez, Sandra Lisset Ibarra Vélez, Carlos Enrique Moreno Rubio, César Palomino Cortés y Marta Nubia Velásquez Rico

Salvamento de voto del consejero Milton Chaves García

INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación / COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Problema jurídico: *¿Era competente el Presidente de la República para reglamentar la integración de las ternas para la conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial? ¿Era necesario que el legislador reglamentara mediante ley estatutaria la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis: “El artículo 257 A de la Constitución Política no desarrolla un principio o un valor que requiera de la intervención del Congreso de la república, esto es, de la emisión de una ley para la implementación de los mandatos constitucionales del precitado artículo. Por el contrario, el artículo 257 A ejusdem tiene eficacia directa y órdenes directas, como la prevista en su parágrafo transitorio, acorde con el cual “Los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo (...); disposición constitucional para cuyo efectivo cumplimiento se requería de la respectiva reglamentación por parte del Presidente de la República, lo cual fue realizado por el Ejecutivo a través de la expedición del Decreto 1189 de 2016”.

Salvamento de voto de los consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Cesar Palomino Cortés, Jorge Octavio Ramirez y María Elizabeth García González

INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación

Problema jurídico 1: *¿Era necesario que el legislador reglamentara previamente la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis 1: “La reforma de 2015 fue diseñada bajo la instrucción de que su desarrollo se aparejaría de una nueva ley estatutaria, que reglamentara de forma definitiva las convocatorias públicas que debía adelantar la Gerencia de la Rama Judicial, entre ellas las de Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y el envío de las ternas por parte de Consejo de Gobierno Judicial. No de otra forma se asume que, además, en el entretanto, esta importante misión -reglamentarla- se confiara “provisionalmente” a esta última entidad, como lo señalaba el numeral 2 del precitado texto. Ello justifica, explica y viabiliza, igualmente, el plazo perentorio de un año fijado en el parágrafo transitorio del artículo 257-A, comoquiera que solo si la primera convocatoria pública era reglamentada por el Consejo de Gobierno Judicial –sin las dificultades del trámite y aprobación de una ley estatutaria– sería posible cumplir con el calendario de implementación constitucional previsto”.

CLÁUSULA DE RESERVA DE LEY

Problema jurídico 2: *¿Es necesario que el legislador reglamente mediante ley estatutaria la integración de las ternas para la conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis 2: “Otro aspecto que ha de resaltarse en esta posición divergente y es el atinente a que no consideramos que la reserva de ley no sea de índole estatutaria, como lo indicó el fallo, pues existe un marcado déficit argumentativo para descartar que la reserva legal que tiene el tema de la “convocatoria pública” sea estatutaria. Para quienes salvamos el voto, ¿qué podría tener más relación con aspectos estructurales de la administración de justicia que la forma en la que se accede a varias de las más altas y encumbradas magistraturas que en ella se conciben? ¿Acaso no es estructural el procedimiento, la parametrización y las pautas para la designación de los disciplinadores de la Rama Judicial? Consideramos que el asunto sí tiene reserva de ley estatutaria, no solo por su naturaleza, sino por el mandato que le imprimió el Constituyente de 2015, que quiso que las convocatorias públicas que se adelantan en la Rama Judicial estuvieran enmarcadas en una ley estatutaria, y que por lo menos las que debía adelantar la Gerencia de la Rama, se desarrollaran vía reglamento autónomo mientras se expedía dicha ley”.

DISCRECIONALIDAD DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN LA INTEGRACIÓN DE TERNAS

Problema jurídico 3: *¿Cuál es el alcance de la discrecionalidad del Presidente de la República para la conformación de las ternas a su cargo?*

Tesis 3: “El Presidente de la República sí cuenta aún con un margen mínimo de discrecionalidad en la escogencia de los ternados al cargo de esa Magistratura, solo que debe pasar un filtro previo que es respetar la lista de seleccionables devenida de la convocatoria pública implementada para tal efecto, aspecto que iteramos, el fallo del cual predicamos nuestra divergencia olvidó en su ratio, dando visos absolutos del concurso de méritos que no se predica ni se compadece de la convocatoria pública, que antecede a la terna que el Presidente de la República debe integrar en pro de lograrse la elección de los Magistrados integrantes de lo que sería la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”.

Salvamento de voto de la consejera Sandra Lisset Ibarra

INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación / COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Problema jurídico: *¿Era competente el Presidente de la República para reglamentar la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial? ¿Era necesario que el legislador reglamentara mediante ley estatutaria la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis: “El artículo 257A, al ser una norma especial para una elección particular, advirtió que la convocatoria pública reglada debía ser adelantada por el señor Presidente de la República, sin indicar expresamente que dicha convocatoria debía precederla una ley que la reglamentara, como si lo hizo el constituyente con otras normas de similar naturaleza. En ese orden de ideas, el artículo 126 no resulta aplicable a casos regulados especialmente en la Constitución, para elecciones complejas como lo son las de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, toda vez que, la disposición 257A precisó que tanto al señor Presidente de la República, como al Consejo Superior de la Judicatura les

correspondía integrar las ternas de candidatos, previa convocatoria pública reglada, las cuales debían ser enviadas al Congreso para la elección de los referidos funcionarios, de modo que, de la norma se entiende que el señor Presidente de la República sí tenía la facultad para hacer la convocatoria de estas ternas y su reglamentación deviene igualmente de una potestad constitucional al no señalar puntualmente que debe estar antecedida por una ley, como sí se prevé con otras normas de la Carta referentes a las elecciones de otros funcionarios, a cargo de corporaciones públicas. Ello sumado a que, el plazo perentorio de un año fijado en el párrafo transitorio del artículo 257A, permite asegurar que solo si la primera convocatoria pública era reglamentada por el presidente – y el Consejo Superior de la Judicatura-, sería posible cumplir con el referido término constitucionalmente previsto de un año. En ese orden de ideas, los elementos normativos contenidos en el texto de la reforma política de 2015, vertidos en el Acto Legislativo 02 de dicha anualidad, y la intención del Constituyente para construir y edificar a corto y largo plazo el nuevo modelo de disciplina judicial, permiten concluir, que el señor Presidente de la República sí tenía la facultad para hacer la convocatoria de estas ternas, así como para expedir la reglamentación de dicho proceso. En efecto, en el presente caso, al interpretar la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 02 de 2015, se evidencia la competencia expresa del Consejo Superior de la Judicatura, mientras se expide la ley estatutaria exigida en dicho Acto legislativo, entendimiento que también aplica para las convocatorias que concernieran, en el entretanto, al Presidente de la República”.

Salvamento de voto del consejero William Hernández Gómez

INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación / COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Problema jurídico: *¿Era competente el Presidente de la República para reglamentar la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial? ¿Era necesario que el legislador reglamentara mediante ley estatutaria la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis: “Contrario a lo aprobado por mayoría, considero que sí existe competencia temporal en cabeza del Presidente de la República para regular esta convocatoria. Esto se desprende, en primer lugar, de no ser exigible que en el plazo de un año, contado a la partir de la vigencia de la reforma constitucional, se dictara una ley estatutaria para regular las convocatorias, y que en el mismo término i) culminara la selección de las ternas ii) se eligieran los magistrados por parte del Congreso, con base en las ternas enviadas, y iii) se conformara el nuevo organismo judicial. (...) El querer del constituyente derivado fue crear una regla de transición para elegir los integrantes **de la primera** Comisión Nacional de Disciplina Judicial, cuyas ternas fueran fruto de convocatorias públicas regladas. Por esta razón el acto legislativo obvió intencionalmente la palabra “ley” o la expresión “regulada por la ley”, con el fin de que se hiciera efectivo el mandato constitucional en el tiempo indicado. En esa misma línea se atribuyó competencia temporal al -hoy no nacido- Consejo de Gobierno Judicial, el que también debía regular la materia, pues también debía integrar ternas para la selección de cuatro de los siete magistrados de la nueva corporación judicial”.

Salvamento de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL- Reglamentación / COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Problema jurídico 1: *¿Era competente el Presidente de la República para reglamentar la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial? ¿Era necesario que el legislador reglamentara mediante ley estatutaria la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis 1: “Contrario a lo señalado en el fallo objeto de análisis, el artículo 257 A, al ser una norma especial para una elección particular, advirtió que la convocatoria pública reglada debía ser adelantada por el presidente, sin indicar expresamente que dicha convocatoria debía precederla una ley que la reglamentara, como si lo hizo el constituyente con otras normas de similar naturaleza. Es decir, el artículo 126 no resulta aplicable a casos regulados especialmente en la Constitución, para elecciones complejas como lo son las de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, toda vez que, la disposición 257 A precisó que tanto al presidente como al Consejo Superior de la Judicatura les correspondía integrar las ternas de candidatos, previa convocatoria pública reglada, las cuales debían ser enviadas al Congreso para la elección de los referidos funcionarios, de modo que, de la norma se entiende que el presidente sí tenía la facultad para hacer la convocatoria de estas ternas y su reglamentación deviene igualmente de una potestad constitucional al no señalar puntualmente que debe estar antecedida por una ley, como sí se prevé con otras normas de la Carta referentes a las elecciones de otros funcionarios, a cargo de corporaciones públicas”.

REGLAMENTOS AUTÓNOMOS CONSTITUCIONALES

Problema jurídico 2: *¿Es el acto demandado un reglamento autónomo constitucional?*

Tesis 2: “El acto demandado sí se deriva de la potestad directa del artículo 257 A de la Constitución, en virtud de la reforma realizada para la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Aun cuando se indica que la facultad de desarrollar la constitución es restringida y, por ende, debe estar expresamente otorgada, no se encuentra que, el artículo 257 A no otorgue dicha facultad, pues si existen normas que distinguen la convocatoria pública reglada por la ley y en este preciso caso, nada se dijo sobre una ley que la preceda, es porque sí hubo la intención de una facultad, al menos temporal, de que se regulara directamente por la autoridad administrativa. En todo caso, si la conclusión era que el Decreto 1189 de 2015 no es un reglamento autónomo constitucional, en los apartes en que fue demandado, no habría razón para estudiar el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad”.

12. Se declaró la nulidad por inconstitucionalidad del Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016 “Por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de candidatos a Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”.

Síntesis del caso: *La Sala Plena del Consejo de Estado decidió el proceso de nulidad por inconstitucionalidad presentado contra el Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016 “por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, por haberse infringido directamente la Constitución y, en particular, los artículos 126 inciso cuarto, 152 literal b) y 257 constitucionales en su expedición, al ser el legislador y, no el Consejo Superior de la Judicatura, el competente para regular las*

convocatorias públicas para integrar las ternas a ser presentadas al Congreso de la República para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD / COMPETENCIAS DE LA SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO / INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación

Problema jurídico 1: *¿Es competente la Sala Plena del Consejo de Estado para conocer de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad presentada contra el Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016 “Por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura?*

Tesis 1: “La competencia de esta Sala para resolver sobre la inconstitucionalidad del Acuerdo PSAA-16-10548 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura está dada por los motivos que a continuación se señalan: En primer término por el contenido del acto y su alcance, en cuanto con efectos generales, sin fuerza de ley. No se trata de reglamento propio o autónomo. Si en algún momento el A. L. 02 de 2015 confirió al Consejo de Gobierno Judicial facultades transitorias para regular la convocatoria pública a la que se refería el artículo 257 allí reformado, lo cierto es que esa atribución competencial desapareció, por razones de inconstitucionalidad, como lo determinó la sentencia C-285 de 2016 en cuanto al artículo 18 transitorio; por su parte la autoridad nacional demandada, fundó su competencia constitucional en el inciso segundo del artículo 257 A. (...) En segundo lugar, porque planteada la controversia sobre la validez del acto contentivo de la voluntad de una autoridad del orden nacional, sin efectos generales de ley, deviene evidente la confrontación con la Carta Política. En el caso bajo estudio, en la solicitud de nulidad por inconstitucionalidad del Acuerdo PSAA16-10548 de 2016 “por medio del cual se reglamentó la convocatoria para integrar las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”, los demandantes advierten la ausencia de la ley dirigida a regular la convocatoria pública, de donde se censura el acto por infringir directamente la Constitución y, específicamente, los artículos 126, 257. (...) Teniendo en cuenta lo expuesto, concluye la Sala su competencia para conocer de las demandas presentadas contra el Acuerdo PSAA16-10548 de 2016 “por medio del cual se reglamentó la convocatoria para integrar las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”.

INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación / COMPETENCIAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / ELECCIÓN DE MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / CLAUSULA DE RESERVA DE LEY

Problema jurídico 2: *¿Es competente el Consejo Superior de la Judicatura para reglamentar la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis 2: “Las facultades reglamentarias que le otorga el ordenamiento al Consejo Superior de la Judicatura las debe ejercer dicho organismo con sujeción a la Constitución y a la ley –por mandato constitucional expreso, previsto en los artículos 256 y 257 C.P.–. En otros términos, el Consejo Superior de la Judicatura ejerce funciones netamente administrativas, acorde con lo fijado por la Constitución y la ley. Las tareas confiadas a dicho organismo son –se repite– de naturaleza administrativa y, en esa medida, su ejercicio se sujeta a lo establecido en los artículos 256 y 257 constitucionales, vale decir procede únicamente “de acuerdo a la ley” o “con sujeción a

la ley". (...) En el caso bajo examen no hay norma que le atribuya al Consejo Superior de la Judicatura competencia alguna para regular la convocatoria pública. La disposición prevista en el artículo 257 A es una norma incompleta. (...) La sujeción a la ley de un aspecto tan importante como las convocatorias públicas para integrar las ternas de candidatos que serán presentadas al Congreso de la República para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial en el entendido que deberán garantizarse los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito, que el artículo 126 C.P. señala, tiene el objeto de realizar el principio democrático entendido no solo como respaldo mayoritario, sino como la expresión de un procedimiento que al tiempo que promueve el debate crítico y repercute en la opinión pública, garantiza la participación de las minorías con sujeción a un ingreso previamente reglado por la Carta Política a la función pública. Se insiste: el Consejo Superior de la Judicatura carece de una competencia para reglamentar la convocatoria pública y en virtud de la cláusula general de competencia del legislador la atribución competencial debe buscarse en los artículos 126, 256 y 257 C.P”.

ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS – Inexistencia de discrecionalidad judicial

Problema jurídico 3: *¿Puede el juez constitucional revivir la competencia otorgada provisionalmente por el Constituyente en el A. L. 02 de 2015 y luego declarada inexecutable por la sentencia C-285 de 2016?*

Tesis 3: “El A. L. 02 de 2015 buscó obtener un equilibrio de poderes. Hasta el punto, que dispuso explícitamente que la regulación de las convocatorias públicas debía realizarse por ley –artículo 126 C.P.– (...). En el caso puesto a consideración de la Sala, el artículo 257 A no fija exactamente una competencia regulatoria, sino que impone una condición y es que las ternas serán integradas por los organismos mencionados en la norma, “previa convocatoria pública reglada”. Una lectura armónica, sistemática, coherente e integral de la Constitución impide concluir que, ante la inexecutableidad de la norma que atribuía expresamente la competencia al Consejo de Gobierno Judicial (luego de la sentencia C-285 de 2016 al Consejo Superior de la Judicatura) el juez queda habilitado para atribuirla fundado en motivos de conveniencia u oportunidad. (...) En suma, no le es dado al juez constitucional revivir la competencia otorgada provisionalmente por el Constituyente en el A. L. 02 de 2015 y luego declarada inexecutable por la sentencia C-285 de 2016, porque en materia de competencia en un Estado social, democrático y constitucional de derecho ningún juez tiene poder discrecional. Ni siquiera los más altos propósitos institucionales pueden convertir al juez en usurpador de atribuciones competenciales que deben ser definidas constitucional y legalmente. En este lugar, cabe recordar que el juez constitucional ejerce la facultad de control que le atribuye la Carta Política en términos abstractos, generales, con efectos erga omnes. La finalidad del control consiste en preservar la supremacía constitucional, de suerte que motivos de conveniencia u oportunidad –por más importantes y trascendentales– no pueden desviarlo de la tarea que le confió la Constitución de preservar su integridad y supremacía. Adicionalmente, como ya antes se expresó, solo la ausencia de determinación rigurosa, imperativa y estricta, da paso a la discrecionalidad judicial, que dicho sea de paso, no es libre sino que siempre está condicionada por las normas constitucionales y legales. (...) En otros términos, respecto del tema de la atribución de competencias al Consejo Superior de la Judicatura existe un mandato claro, preciso, imperativo y riguroso que excluye de tajo cualquier libertad de apreciación y de decisión judicial. Más tratándose de atribuciones competenciales autónomas. Brevemente, en un Estado de derecho que es al mismo tiempo social, democrático y constitucional, el tema de la competencia de los órganos estatales se encuentra definido expresamente en la Constitución o es atribuido, mediante cláusula general, al legislador ordinario o estatutario. El juez carece de poder para fijar competencias, entre otras, porque con ello se haría trizas el principio de separación de poderes una de cuyas manifestaciones más importantes es el principio

de legalidad como garantía fundamental del debido proceso –artículo 29 C.P.–. A su vez, la más profunda expresión del principio democrático y junto con el principio de supremacía constitucional, garantía de los derechos de los asociados”.

[Sentencia del 6 de febrero de 2018, exp. 11001-03-24-000-2016-00480-00\(AI\) C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, medio de control de nulidad por inconstitucionalidad.](#)

* Salvaron su voto los consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, María Elizabeth García González, Oswaldo Giraldo López, William Hernández Gómez, Sandra Lisset Ibarra Vélez, Carlos Enrique Moreno Rubio, César Palomino Cortés, Marta Nubia Velásquez Rico y Alberto Yepes Barreiro.

Salvamentos de voto

Salvamento de voto de los consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Cesar Palomino Cortés y María Elizabeth García González

COMPETENCIAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / ELECCIÓN DE MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL / CLAUSULA DE RESERVA DE LEY / INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación

Problema jurídico: *¿Estaba investido el Consejo Superior de la Judicatura de una potestad reglamentaria autónoma pro tempore para expedir los acuerdos demandados y efectivizar el proceso de selección de la primera generación de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial? ¿Era necesario que el legislador reglamentara mediante ley estatutaria la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis: “El carácter expreso de la autorización normativa del Consejo Superior de la Judicatura para la reglamentación de la primera de las convocatorias públicas a través de la cual se pretende poner en marcha la entidad disciplinaria de la Rama Judicial existe, y se extracta de un análisis sistemático del Acto Legislativo 02 de 2015 y de su posterior modificación por parte de la Corte Constitucional que, en su función de guardiana de la integridad y supremacía del Texto Fundamental, dejó incólume el sistema de designación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, el cual debe ser interpretado como un todo, que no permite ser escindido (...) El sistema de designación de la reforma de 2015 era uno solo y tenía como ejes: (i) una ley estatutaria que reglamentara las convocatorias públicas en la Rama, (ii) un principio de pronta implementación de toda la reforma y (iii) unas facultades reglamentarias expresamente autónomas y temporales para que el órgano de autogobierno garantizara la transición de un modelo a otro. De ahí que, aún ante la inexecutable de gran parte del artículo 18 transitorio del Acto Legislativo, deben mantenerse los elementos estructurales del sistema eleccionario definidos para la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que, desde luego, incluyen el ejercicio de una potestad reglamentaria autónoma para ponerla en marcha; solo que, ante la extinción del Consejo de Gobierno Judicial, y la consecuente subrogación aplicada por la Corte Constitucional, esta debe entenderse en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura. En ese orden de ideas, el ejercicio del poder del reglamento autónomo pro tempore del Consejo Superior de la Judicatura para expedir los acuerdos demandados en este proceso se encontraba justificado, para efectivizar el proceso de selección de la primera generación de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”.

Salvamento de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

**COMPETENCIAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA /
REGLAMENTACIÓN DE LA INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A
MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL**

Problema jurídico 1: *¿Estaba investido el Consejo Superior de la Judicatura de una potestad reglamentaria autónoma pro tempore para expedir los acuerdos demandados y efectivizar el proceso de selección de la primera generación de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial? ¿Era necesario que el legislador reglamentara mediante ley estatutaria la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis 1: “Contrario a lo señalado en el fallo objeto de análisis, el artículo 257 A, al ser una norma especial para una elección particular, advirtió que la convocatoria pública reglada debía ser adelantada por el presidente, sin indicar expresamente que dicha convocatoria debía precederla una ley que la reglamentara, como si lo hizo el constituyente con otras normas de similar naturaleza. Es decir, el artículo 126 no resulta aplicable a casos regulados especialmente en la Constitución, para elecciones complejas como lo son las de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, toda vez que, la disposición 257 A precisó que tanto al presidente como al Consejo Superior de la Judicatura les correspondía integrar las ternas de candidatos, previa convocatoria pública reglada, las cuales debían ser enviadas al Congreso para la elección de los referidos funcionarios, de modo que, de la norma se entiende que el Consejo Superior de la Judicatura sí tenía la facultad para hacer la convocatoria de estas ternas y su reglamentación deviene igualmente de una potestad constitucional al no señalar puntualmente que debe estar antecedida por una ley, como sí se prevé con otras normas de la Carta referentes a las elecciones de otros funcionarios, a cargo de corporaciones públicas. Ahora, no quiere ello decir que la facultad para reglamentar dicha convocatoria fuera absoluta, pues, la potestad atribuida a dichas autoridades (el presidente y el Consejo Superior de la Judicatura), era temporal, mientras se reglamentaba por el legislador la convocatoria en comento, consultando la intención inicial del acto legislativo 02 de 2015, antes de su estudio por parte de la Corte Constitucional. Ello sumado a que, el plazo perentorio de un año fijado en el párrafo transitorio del artículo 257-A, sugiere que solo si la primera convocatoria pública era reglamentada por el Consejo Superior de la Judicatura – y el presidente-, sería posible cumplir con los términos constitucionalmente previstos”.

REGLAMENTOS AUTÓNOMOS CONSTITUCIONALES

Problema jurídico 2: *¿Es el acto demandado un reglamento autónomo constitucional?*

Tesis 2: “El acto demandado sí se deriva de la potestad directa del artículo 257 A de la Constitución, en virtud de la reforma realizada para la integración de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Aun cuando se indica que la facultad de desarrollar la constitución es restringida y, por ende, debe estar expresamente otorgada, no se encuentra que, el artículo 257 A no otorgue dicha facultad, pues si existen normas que distinguen la convocatoria pública reglada por la ley y en este preciso caso, nada se dijo sobre una ley que la preceda, es porque sí hubo la intención de una facultad, al menos temporal, de que se regulara directamente por la autoridad administrativa. En todo caso, si la conclusión era que el Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016 no es un reglamento autónomo constitucional, no habría razón para estudiar el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad”.

Salvamento de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

FORMACIÓN DEL ACTO ELECTORAL

Problema jurídico 1: *¿Es el Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016 “por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, un acto preparatorio o un acto definitivo?*

Tesis 1: “El acto de convocatoria no tiene naturaleza definitiva sino preparatoria, ya que, contrario a ponerle fin a la actuación electoral, le da impulso y permite su ejecución. De esta forma, no pone fin al procedimiento electoral, pues no lo decide de fondo, ni tampoco hace imposible su continuación, todo lo contrario. Así las cosas el tema es simple, el procedimiento electoral diseñado por las normas constitucionales aplicables dentro del marco del Consejo Nacional de Disciplina, hace de la Convocatoria acusada un acto de naturaleza preparatoria dentro del procedimiento electoral indicado, que no le pone fin sino que, por el contrario, lo impulsa, facilita y permite. Dicho procedimiento culmina con el acto declarativo de la respectiva elección, este sí de esencia definitiva y, por tanto, naturalmente controlable desde la sede judicial a través del medio de control de la nulidad electoral. (...) Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la convocatoria no puso fin al procedimiento electoral sino que, por el contrario, lo impulsó permitiendo que se siguiera con sus etapas y, en cualquier caso, las normas y la jurisprudencia con la que algunos miembros de la Sala justificaron su competencia por su naturaleza administrativa, son incompatibles con los asuntos electorales”.

FORMACIÓN DEL ACTO ELECTORAL / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTOS ELECTORALES / INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación

Problema jurídico 2: *¿Es necesario establecer un mecanismo de control judicial previo sobre actos preparatorios y de trámite expedidos en ejercicio de la función electoral?*

Tesis 2: “La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura actuó, al expedir el acto acusado, no en ejercicio de función administrativa, sino electoral. (...) El juez electoral no solamente ejerce un control de legalidad ex post facto del acto electoral, sino que también debe garantizar que el ejercicio del poder por parte de los servidores públicos elegidos por voto popular sea legítimo desde el primer instante. Por ello, el control judicial que se debe realizar en este tipo de procesos debe ser previo, cosa imposible dentro del marco jurídico actual, dado que los actos preparatorios y de trámite no son demandables según las reglas procesales consagradas en el CPACA, a pesar de poder tener incidencia en la ilegalidad del acto electoral. La exclusión del control judicial de los actos preparatorios o de trámite originados en el ejercicio de la función administrativa se justifica dado que esta prohibición pretende evitar que el juez, al pronunciarse sobre dichos actos, no sólo ejerza una revisión de su legalidad sino que desplace a la administración en la adopción de la decisión, fungiendo así como un juez-administrador o coadministrador. Así mismo, tradicionalmente se ha considerado que estos actos no son susceptibles de control dado que no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales que puedan ser reivindicadas ante el juez, razón por la cual solamente se permite el enjuiciamiento de los actos definitivos, con el fin de que los afectados puedan obtener el restablecimiento o reparación de sus derechos. En este contexto, con el fin de conjurar las problemáticas que aquejan los procesos electorales, urge la necesidad de realizar reformas estructurales, tanto constitucionales como legislativas, que permitan el control en tiempo real de los actos electorales, solución que permitiría legitimar a los elegidos en el ejercicio del cargo, así como garantizar la democracia

participativa y la expresión de la voluntad popular, para lo cual se requiere implementar el control efectivo de los actos preparatorios y de trámite expedidos en ejercicio de la función electoral, para que de esa manera el juez se pueda pronunciar oportunamente”.

Salvamento de voto del consejero William Hernández Gómez

ACTOS AUTÓNOMOS CONSTITUCIONALES

Problema jurídico 1: *¿Es el acto demandado un reglamento autónomo constitucional?*

Tesis 1: “En este caso se enjuició un acto autónomo constitucional cuyo control procede por este medio. Como la discusión radica en la competencia que tenía el Consejo Superior de la Judicatura para expedirlo, o no, difiero que se concluya *prima facie*, que se trate de un acto de diferente naturaleza, ya que así fue expedido y con base en ello debe ser controlado”.

COMPETENCIAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación

Problema jurídico 2: *¿Estaba investido el Consejo Superior de la Judicatura de una potestad reglamentaria autónoma pro tempore para expedir los acuerdos demandados y efectivizar el proceso de selección de la primera generación de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial? ¿Era necesario que el legislador reglamentara mediante ley estatutaria la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis 2: “Considero que este órgano sí podía expedir el acuerdo demandado y definir el procedimiento para escoger las primeras ternas que debía formular según la reforma constitucional, tal como lo señalaba el proyecto de decisión inicial que fue derrotado por el voto mayoritario de los miembros de la Sala Plena. En efecto, antes del fallo C-285 de 2016 de la Corte Constitucional, en el acto legislativo existían disposiciones especiales de carácter transitorio que le asignaron al entonces creado Consejo de Gobierno Judicial, la facultad de regular la convocatoria pública que debía hacer para conformar las ternas a su cargo, de las cuales se elegirán cuatro de los siete magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Esta competencia temporal se asignó en su momento, hasta que el Congreso de la República dictara la ley estatutaria que regulara estas convocatorias, entre otros aspectos. Contrario a lo aprobado por mayoría de la Plenaria, considero que la facultad que echa de menos el proyecto sí se mantuvo en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura porque, en primer lugar, no era exigible que en el plazo de un año contado a partir de la vigencia de la reforma constitucional, se dictara una ley estatutaria para regular las convocatorias, y que en el mismo término i) culminara la selección de las ternas ii) se eligieran los magistrados por parte del Congreso, con base en las ternas, y iii) se conformara el nuevo organismo judicial. Por esta razón, la misma reforma constitucional contempló un mecanismo especial de elección de los miembros de las ternas que debía presentar el Consejo de Gobierno Judicial, cuyas funciones hoy debe ejercer el Consejo Superior de la Judicatura para la elección de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Este mecanismo es una “convocatoria pública reglada”, cuya regulación estaba a cargo del Consejo de Gobierno creado por la misma reforma”.

Salvamento de voto del consejero Oswaldo Giraldo López

COMPETENCIAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación

Problema jurídico: *¿Estaba investido el Consejo Superior de la Judicatura de una potestad reglamentaria autónoma pro tempore para expedir los acuerdos demandados y efectivizar el proceso de selección de la primera generación de magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial? ¿Era necesario que el legislador reglamentara mediante ley estatutaria la integración de las ternas para la conformación de la primera Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis: “El artículo 257A lo mantuvo incólume la Corte Constitucional en la sentencia C-285 de 2016, con la salvedad de que la expresión Consejo de Gobierno Judicial debía leerse Consejo Superior de la Judicatura, por lo que se trata de una norma especial que, en su párrafo transitorio habilitó al Consejo Superior de la Judicatura para regular, por primera y única vez, la convocatoria prevista en el acto demandado. En coherencia con lo anterior, lo que hace especial el párrafo transitorio del artículo 257A, es que se trata de la primera elección, que por el plazo que se dio para que se eligieran los miembros de la Comisión de Disciplina Judicial, no era jurídicamente viable que se radicara en el Congreso de la República. En ese sentido, aunque las actuaciones del Consejo Superior de la Judicatura se deben ajustar a la ley, lo cierto es que en un año no era posible que el Congreso reglamentara la convocatoria para elegir a los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial llamados por primera vez. Como quiera que a ninguna norma puede dársele un alcance de imposible cumplimiento, resultaba válido desde la perspectiva jurídica que la primera elección fuera reglamentada por el Consejo Superior de la Judicatura, como en efecto se hizo, pues es lo que se desprende de interpretar en su conjunto el artículo 257A Constitucional. Ello más aún, cuando las normas transitorias implican la adopción de una medida excepcional, de choque, para restablecer la institucionalidad, ajustada con la reforma de la Carta. Por consiguiente, discrepo de la providencia cuando señala que el artículo 257A no contiene ninguna regla de asignación competencial y que se trata de una norma incompleta”, puesto que dado que los primeros magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial debían ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del acto legislativo, el Consejo Superior de la Judicatura tenía competencia transitoria para reglamentar la integración de la primera lista de candidatos.

Salvamento de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

COMPETENCIAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / INTEGRACIÓN DE TERNAS DE CANDIDATOS A MAGISTRADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Reglamentación

Problema jurídico: *¿Es aplicable el artículo 126 constitucional a la integración de las ternas para la conformación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial?*

Tesis: “El artículo 126 constitucional no es aplicable al procedimiento de elección de los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, comoquiera que la designación de dichos servidores tiene un trámite especial y preferente contemplado en el artículo 257A de la Carta Política. (...) El constituyente se ocupó de establecer el procedimiento especial que debe enmarcar tanto la postulación de las ternas correspondientes, como la elección de los miembros de la futura Comisión Nacional de Disciplina Judicial, de manera que se torna inviable realizar la integración normativa con el artículo 126 constitucional, dado que el referido artículo 257A de la Carta Política señala todos los elementos que

deben tener en cuenta los órganos postulantes y el elector para adelantar la actuación correspondiente”.

13. Consejo de Estado negó la acción de pérdida de investidura iniciada contra el representante a la Cámara Jaime Felipe Lozada Polanco.

Síntesis del caso: *El día 8 de junio de 2015 el representante a la Cámara Jaime Felipe Lozada Polanco, en un evento político en el municipio de Teruel, manifestó que su gestión como congresista para lograr la construcción de unas obras en ese municipio dependía de la elección de la aspirante a la alcaldía. La Sala Plena concluyó que las actuaciones realizadas por dicho funcionario pueden catalogarse como acciones ante el Gobierno Nacional para satisfacer las necesidades de los habitantes de la circunscripción electoral por la que fue elegido, y que por ende no constituyen una violación al régimen de incompatibilidades.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA / VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES - Elementos / GESTIÓN DE ASUNTOS ANTE ENTIDADES PÚBLICAS

Problema jurídico: *¿Se encuentran demostrados los presupuestos para la procedencia de la pérdida de investidura contra el representante a la Cámara Lozada Polanco por la causal de violación del régimen de incompatibilidades, por gestión de asuntos ante entidades públicas en nombre ajeno, al condicionar su función de representación popular a la elección de una candidata a una alcaldía?*

Tesis: “Los numerales 6 y 8 del artículo 283 de la Ley 5 de 1992, respectivamente, establecen que los congresistas pueden: (i) adelantar acciones ante el Gobierno para satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales y (ii) intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad. La Corte Constitucional declaró condicionalmente exequibles estos preceptos, en el entendido que esas gestiones deben dirigirse exclusivamente a la satisfacción de necesidades de interés general. Al descender estas consideraciones al caso, evaluado el video con los anuncios del congresista, se advierte que no se presentó constreñimiento alguno ni la incompatibilidad alegada en la solicitud, sino que esos anuncios corresponden a acciones ante el Gobierno para satisfacer las necesidades de los habitantes del municipio de Teruel (Huila), esto es, de la circunscripción electoral por la que fue elegido. Además, como las gestiones están relacionadas con la obtención de servicios y ayudas en materia de educación, vivienda y obras públicas [hechos probados 7.2 y 7.3], precisamente en beneficio del interés general, los numerales 6 y 8 del artículo 283 de la Ley 5 de 1992 las autorizan y no constituyen una violación al régimen de incompatibilidades (artículos 180.2 y 183.1 de la CN). Como lo advirtió el Ministerio Público, las manifestaciones del congresista, por las que se le acusa de infringir el régimen de incompatibilidades, corresponden a la participación en una actividad política del partido al que pertenece, en apoyo a la entonces una candidata de esa colectividad a la alcaldía municipal de Teruel y están relacionadas con la difusión de la gestión congresal frente a algunos habitantes de la circunscripción por la que fue elegido. En otras palabras, el condicionamiento de la gestión a la elección de una candidata no configura la causal de pérdida de investidura invocada”.

VALOR PROBATORIO DEL MENSAJE DE DATOS

Problema jurídico: *¿Los mensajes de datos, discos y videograbaciones se encuentran amparados por la presunción de autenticidad?*

Tesis: “El artículo 243 del CGP dispone que los mensajes de datos, los discos y las videograbaciones son documentos. A su vez, el artículo 244 prevé que los que contengan la reproducción del generador de caracteres que indica su origen en la campaña de Yelitza Fierro. De la reproducción de los videos no se advierte alguna circunstancia que afecte su confiabilidad o integridad, pues no se observan alteraciones de la imagen o sonido, saltos abruptos en la edición o señales de manipulación de su contenido. Aunque el congresista cuestiona la integridad de los videos y aduce que pudieron ser alterados, estas afirmaciones no tienen soporte técnico, ni probatorio que permitan esa conclusión. El interesado tampoco formuló la tacha de falsedad, como debió hacerlo, si pretendía desvirtuar la integridad y confiabilidad de los mensajes de datos, como lo ordenan los artículos 244 y 269 del CGP”.

[Sentencia de 29 de enero de 2018, exp. 11001-03-15-000-2015-02504-00\(PI\) C.P. Guillermo Sánchez Luque, acción de pérdida de investidura.](#)

Aclaración de voto

Aclaración de voto de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez

REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / GESTIÓN DE ASUNTOS PARA LA SATISFACCIÓN DEL INTERES GENERAL

Problema jurídico: *¿La conducta del demandado encajaba dentro del concepto de gestión de asuntos ante autoridades públicas para la exclusiva satisfacción del interés general?,*

Tesis: “Del expediente no se observa prueba alguna con la cual establecer que la finalidad de las gestiones del congresista eran personales o dirigidas a favorecer a un tercero –en este caso la candidata a la alcaldía de Teruel-, pues como se indicó en líneas previas el objeto de la misma –la construcción de la obra pública- solo favorecía a la comunidad del municipio de Teruel. En este orden de ideas, las explicaciones que el congresista –en las declaraciones video grabadas- da a la comunidad en relación con todas las gestiones que ha realizado para lograr la obtención de recursos así como la solicitud de votar por la candidata de su partido, son ajenas a la estructura probatoria de la causal de pérdida de investidura invocada por el demandante y además están amparadas constitucional y legalmente en la posibilidad de participación en política de los congresistas y en la obligación rendición de cuentas ante sus electores”.

VI. SECCIÓN PRIMERA

14. El alcalde municipal carece de competencia para establecer una tasa por ocupación del espacio público por materiales y escombros en la vía.

Síntesis del caso: *Se demandaron los artículos 7° y su párrafo; 9° y sus párrafos 1°, 2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008, expedido por el Alcalde Municipal de La Ceja, “Por el cual se reglamenta el Acuerdo Municipal No. 010 de 2008”, en el que se faculta al burgomaestre para reglamentar la intervención del espacio público.*

DEROGATORIA DE FACULTAD DE LOS MUNICIPIOS PARA GRAVAR LA OCUPACIÓN Y EXCAVACIÓN DE VÍAS / FALTA DE COMPETENCIA DE ALCALDE MUNICIPAL / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

Problema jurídico: *¿Corresponde pues a la Sala determinar si le asistió razón al Tribunal al declarar la nulidad y determinar la ilegalidad de los artículos 7° y su parágrafo; 9° y sus párrafos 1°, 2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008, expedido por el Alcalde municipal de La Ceja-Antioquia?*

Tesis: “[E]l Decreto acusado, creó un tributo denominado tasa por ocupación del espacio público por materia de escombros en la vía, frente al cual, como ya se dijo, el Alcalde no tenía competencia para su fijación, porque (i) estas no le fueron otorgadas por el Concejo y (ii) si, en gracia de discusión, el Concejo se las hubiese otorgado, igualmente, sobrevendría en nulidad puesto que las normas que contemplaban esa atribución fueron derogadas. Por ende, el Alcalde no tenía competencia para expedir las normas acusadas, hecho que configura la causal de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, vigente al momento de expedición. En conclusión, los artículos 7° y su parágrafo; 9° y sus párrafos 1°, 2° y 3° del Decreto 142 del 30 de julio de 2008, por las razones expresadas, deben retirarse del ordenamiento jurídico por desconocer las normas superiores en las que debían fundarse, en cuanto crearon irregularmente el cobro de la tasa por ocupación del espacio público con materiales y escombros en la vía”.

[Sentencia de 20 de octubre de 2017, exp. 05001-23-31-000-2009-01253-01, C.P. María Elizabeth García González, acción de nulidad.](#)

15. Efectos de la sentencia de simple nulidad que anula, parcialmente, un acto administrativo.

Síntesis del caso: *El Tribunal Administrativo de Antioquia declaró probada la excepción de cosa juzgada del medio de control de nulidad instaurado contra la Ordenanza 044 de 16 de diciembre de 1994, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, en consideración a que la misma pretensión había sido objeto de otro medio de control de nulidad, y respecto del cual ya existían sentencias de primera y segunda instancia. Contra esa decisión fue interpuesto el recurso de apelación.*

SENTENCIA DE SIMPLE NULIDAD – Efectos / EFECTOS DE COSA JUZGADA ERGA OMNES

Problema jurídico: *¿Corresponde definir sobre la manera cómo opera la cosa juzgada en virtud de los fallos de simple nulidad, con miras a determinar si la misma se configura en el caso concreto?*

Tesis: “[L]a sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo tiene efectos erga omnes de manera plena, por lo que respecto de dicho acto no resulta posible adelantar un nuevo proceso en el que se solicite su anulación. Sin embargo, cuando se trate de sentencias en las que se denieguen la nulidad, los efectos de cosa juzgada solo recaen sobre la causa petendi, razón por la cual es posible que respecto de los actos que son objeto de la decisión se puedan tramitar nuevos procesos, los cuales deben tener por fundamento una causa distinta a la resuelta en la sentencia que negó la pretensión nugatoria. En lo que atañe al objeto y la causa, tales aspectos se circunscriben al asunto sobre el que versó el debate y las razones que se tienen para sustentar las pretensiones. (...) [E]l objeto del presente proceso es la nulidad de la Ordenanza 044 de 1994, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, el cual coincide con aquel que motivó los pronunciamientos emitidos en las sentencias del Tribunal Administrativo de Antioquia de 7 de febrero de 2005 y del Consejo de Estado de 2 de diciembre de 2010; providencias que resolvieron la acción de simple nulidad respecto de los actos acusados, por lo que dicho límite objetivo de la cosa juzgada se encuentra plenamente acreditado. De otra parte, en el sub examine concurre una

circunstancia que debe ser estudiada de manera especial, ya que las sentencias con base en las cuales el a quo decretó la excepción de cosa juzgada, declararon la nulidad parcial de la Ordenanza 044 de 1994, anulándola solo respecto de aquellos hospitales para los cuales la Asamblea Departamental carecía de competencia para definir su naturaleza jurídica, y denegándola respecto de los demás entes hospitalarios señalados en el artículo 1º del acto acusado, dentro de los cuales se encuentra el Hospital SANTIAGO RENGIFO SALCEDO del Municipio de Betulia (Antioquia). De la lectura del texto de la demanda (...), así como de la sustentación del recurso de apelación, se encuentra que el accionante aduce como motivo de nulidad de la Ordenanza 044, el que la misma fue emitida con carencia de competencia en lo que respecta al hospital SANTIAGO RENGIFO SALCEDO, pues dicha entidad ya tenía naturaleza privada para el momento de la expedición del acto administrativo acusado. Por su parte, la sentencia del Consejo de Estado de 2 de diciembre de 2010, al referirse a los cargos de violación esbozados por los demandantes circunscribe, uno de ellos, a que “La ordenanza demandada violó los artículos 300-7 superior y 35 de la Ley 60/93 porque los utilizó como fundamento para modificar la naturaleza jurídica de instituciones privadas pese a que dichas normas no le otorgan esa competencia”. Corolario de lo anterior, se concluye que el presente medio de control tiene como sustento de sus pretensiones la misma causa que ya fue resuelta en las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 7 de febrero de 2005 y por el Consejo de Estado el 2 de diciembre de 2010, concurriendo así el último de los elementos que se requieren para que se configure la cosa juzgada”.

[Auto de 7 de diciembre de 2017, exp. 05001-23-33-000-2015-02253-01, Roberto Augusto Serrato Valdés, medio de control de nulidad.](#)

16. El siniestro en los seguros de cumplimiento de disposiciones legales es el hecho en sí del incumplimiento y no el acto administrativo que lo declara.

Síntesis del caso: *La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, impuso una sanción por la imposibilidad de aprehender una mercancía incurra en la causal de aprehensión y decomiso consistente en que los documentos soporte de la declaración de importación no correspondían con la operación de comercio declarada en los términos del artículo 502 y 503 del Decreto 2685 de 1999.*

DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN - Documentos soporte / FACTURA COMERCIAL – Requisitos / DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN Y FACTURA COMERCIAL – Concordancia

Problema jurídico 1: *¿Se deberá determinar si los actos administrativos acusados fueron expedidos conforme a la ley, teniendo en cuenta que, en criterio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Factura No. 243654778 de 5 de noviembre de 2005 contenía Información falsa respecto de uno de los documentos soporte de la Declaración de Importación No. 23820012063073 de 15 de diciembre de 2005: en la factura figura como proveedor de la mercancía importada la empresa “Ningbo Tianxiang Electrical Appliances Co. Ltda. –Mezco Inc”, quien en el trámite del procedimiento administrativo afirmó no conocer al importador Hyundai Electronics Latin America S.A.?*

Tesis 1: “[L]a Autoridad Aduanera determinó que la operación de comercio exterior realizada por Hyundai Electronics Latin America S.A., amparada en la Declaración de Importación No. 23820012063073 de 15 de diciembre de 2006 y Factura Comercial No. 243654778 de 5 de noviembre de 2005, incurrió en la irregularidad contenida en el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 y, en consecuencia, era procedente la orden de aprehensión. (...) La Autoridad Aduanera argumentó que, en ejercicio del control posterior, se pudo determinar que el importador tramitó la declaración de importación con una factura que no corresponde a la original expedida

por el proveedor del exterior, siendo del caso proceder a la aprehensión de la mercancía, la cual no pudo llevarse a cabo porque no fue puesta a disposición de la Dian, lo que finalmente condujo a la imposición de la sanción equivalente al 200% del valor en aduana de la misma y ordenar la efectividad de la garantía. (...) la Autoridad Aduanera encontró inconsistencias en la medida en que, si bien, como sustento de la operación aduanera se aportó una factura (“INVOICE [...] Remark: CONTRATO DE COMPRAVENTA”) que acreditaba que la sociedad “Mezco Inc” era el proveedor en el exterior de la mercancía “sigma 14” CTV (Conventional)” remitida a la sociedad Hyundai Electronics Latin America S.A. de Barranquilla, el trámite probatorio del proceso administrativo aduanero permitió determinar que ello no era cierto en la medida en que, producto del Exhorto No. 118 de 25 de febrero de 2008, se pudo determinar que la sociedad “Mezco Inc” no tenía una relación con la empresa Colombiana con sede en Barraquilla y que sus mercancías habían sido vendidas a una empresa en “PANAMÁ”, incumpliendo así el mandato establecido por el artículo 249 del Decreto 2685 de 1999, según el cual la factura “[...] deberá ser expedida por el vendedor o proveedor de la mercancía [...]”. En ese orden y contrario a lo expuesto por el Tribunal Administrativo del Atlántico, la Sala considera que en este caso no era aplicable el mandato contenido en el artículo 745 del Estatuto Tributario porque las pruebas aportadas al proceso, entre ellas la Factura Comercial No. 243654778 de 5 de noviembre de 2005 y la respuesta al Exhorto No. 118 de 25 de febrero de 2008, no ofrecen motivo de duda que deba ser resuelta en favor del contribuyente. Por el contrario, permiten establecer una irregularidad que constituye motivo suficiente para decretar la medida cautelar de aprehensión de la mercancía para resolver su situación jurídica”.

PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ADUANERO – Naturaleza / NOTIFICACIÓN DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL ADUANERO

Problema jurídico 2: *¿El requerimiento especial aduanero debe notificarse a la empresa de seguros?*

Tesis 2: “[E] 510 de la norma ibídem [Decreto 2685 de 1999] establece (...) que el requerimiento especial aduanero se debe notificar al importador y al declarante; por el contrario y como lo señala la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la norma no establece la obligación de notificar a la entidad aseguradora. Lo anterior atiende a la diferencia entre la naturaleza del proceso aduanero y las acciones que se pueda derivar de un contrato de seguros. En efecto, en este caso, la discusión de si los documentos aportados por la sociedad Hyundai Electronics Latin America S.A. como soporte de la importación correspondían o no a la operación de comercio exterior declarada, era un aspecto que correspondía darlo a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales frente al importador y no a la compañía de seguros, cuya participación en ese trámite era servir de garante en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones del importador, en este caso, la de poner a disposición de la Autoridad Aduanera la mercancía para su aprehensión. En ese orden, se reitera, quien debía probar que los documentos aportados como soporte de la importación de la mercancía correspondían a la operación de comercio exterior declarada y que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se equivocó al proferir los actos demandados era el importador y no la aseguradora. (...) la Sala considera que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no estaba obligada legalmente a notificar a la actora el requerimiento especial aduanero que se surtió válidamente frente al importador, porque no le correspondía a la aseguradora, en virtud del contrato de seguros, probar que los documentos soporte de la importación de mercancía no correspondían a la operación de comercio exterior declarada, labor que, se reitera, sí correspondía al importador”.

EFFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN ADUANERA / SINIESTRO EN LOS SEGUROS DE CUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES LEGALES – Ocurrencia / DECLARATORIA DE SINIESTRO –

Término / PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES QUE SE DERIVAN DEL CONTRATO DE SEGURO – Término

Problema jurídico 3: *¿Se violaron los artículos 1054, 1057, 1072 y 1073 del Código de Comercio porque los hechos que generan la sanción ocurrieron por fuera de la vigencia de la póliza de seguro 85-43-101000225 y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro por haber transcurrido más de 2 años desde la fecha en que el asegurado tuvo o debió haber tenido conocimiento de los hechos que dan origen a la acción?*

Tesis 3: “La Administración dispone del término de (2) dos años para declarar el siniestro y la consiguiente efectividad de la garantía, contados a partir de cuando tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, o de la fecha en que razonablemente podía tenerlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, que establece los términos de prescripción en el contrato de seguros (...) Es de anotar que según ha señalado esta Sección, la declaratoria de incumplimiento de una obligación, por parte de la Administración, debe efectuarse dentro del término de los dos (2) años previstos por la norma transcrita a fin de evitar la ocurrencia de la prescripción. Asimismo la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 6 de junio de 2013, señaló que la “[...] la Sala ha sido reiterativa en señalar que la efectividad de las Pólizas de Cumplimiento de Disposiciones Legales como la aquí estudiada, se constituye por virtud de la inobservancia de una obligación aduanera, es decir, que “[...] la ocurrencia del siniestro en los seguros de cumplimiento de disposiciones legales, es el hecho en sí del incumplimiento y no el acto administrativo que lo declara.” [...]”; esto es, en este caso el siniestro se configuró con el incumplimiento de la obligación aduanera, el cual tuvo ocurrencia al vencimiento del término que tenía la sociedad importadora Hyundai Electronics Latin America S.A. para poner a disposición de la Autoridad Aduanera la mercancía, de conformidad con el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999. En relación con el acaecimiento del siniestro, para la Sala es claro que, en el presente caso, se configuró con el incumplimiento de la obligación aduanera, el cual tuvo ocurrencia al vencimiento del término de 15 días otorgado en el Requerimiento Ordinario nro.0220 de 20 de febrero de 2009 –se reitera, la póliza de seguro No. 8543101000225 se encontraba vigente, pues esta fue expedida desde el 19 de octubre de 2008 hasta el 18 de enero de 2010-. A través de dicho requerimiento, la entidad demandada impuso la obligación a la sociedad importadora Hyundai Electronics Latin America S.A. de poner a su disposición la mercancía declarada, de conformidad con el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999; por lo que al vencerse dicho plazo sin que la Sociedad de Intermediación Aduanera le diera cumplimiento a la mentada obligación, se cumple la condición que permite hacer efectiva la garantía”.

[Sentencia de 7 de diciembre de 2017, exp. 08001-23-31-000-2009-01122-01, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

17. La medida cautelar de suspensión provisional puede ser decretada de oficio en procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.

Síntesis del caso: Se presentó demanda *en busca de obtener la nulidad parcial del literal a) del párrafo tercero del Decreto 1547 de 2015, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1077 de 2015 en lo relacionado con el trámite de las solicitudes de licencias urbanísticas”, expedido por el Presidente de la República.*

CONCEPTO TÉCNICO QUE EVIDENCIE QUE UNA EDIFICACIÓN PRESENTA GRAVES DAÑOS EN SU ESTRUCTURA – Alcance / CONCEPTO TÉCNICO QUE EVIDENCIE QUE UNA EDIFICACIÓN PRESENTA GRAVES DAÑOS EN SU ESTRUCTURA – Obligaciones / OBLIGACIÓN DE LAS AUTORIDADES DE SALVAGUARDAR LA VIDAD, INTEGRIDAD Y SALUD DE LAS PERSONAS

Problema jurídico 1: *¿Los apartes resaltados del párrafo 3º del artículo 1 del Decreto 1547 de 2015 deben suspenderse al prever la obligación de tramitar una licencia de construcción en la modalidad de reforzamiento estructural de una edificación cuando se expida concepto técnico de la autoridad municipal o distrital encargada de la gestión del riesgo que evidencie que una edificación presenta graves daños en su estructura portante que pueda llegar a afectar la vida o la salud de las personas?*

Tesis 1: “[L]as autoridades están en la obligación de adelantar todas las gestiones que se requieran para resguardar la vida, la integridad y la salud de las personas, incluyendo medios de urgencia, como la orden de evacuación, así como medidas administrativas y de policía, con las garantías procesales de los interesados. El concepto técnico al que se hizo referencia en líneas anteriores puede producirse de oficio o como parte de un procedimiento administrativo o de policía, el cual es susceptible de ser controvertido por las partes afectadas con el mismo. No se trata de una decisión definitiva por medio de la cual, una vez respetado el derecho constitucional a la defensa, se adopte una decisión tendiente a ordenar un reforzamiento estructural. Frente a dicho concepto pueden existir otros que ofrezcan diversas alternativas, como demoler la obra debido al riesgo que ésta representa. No quiere con ello el Despacho desconocer la trascendencia que dicho concepto tiene, pues una vez conocido es obligatorio para las autoridades adoptar medidas para conjurar el riesgo a la vida, integridad y salud de las personas dentro de la órbita de sus respectivas competencias, como es igualmente obligatorio para los propietarios o copropietarios tomar las decisiones que correspondan con idéntico propósito, y sin perjuicio del derecho que tienen a la contradicción y a la defensa, en los términos de ley. Por lo anterior, el Despacho suspenderá provisionalmente los efectos de los apartes resaltados del párrafo 3º del artículo 1º del acto acusado, como quiera que el decreto limita los alcances que pueda tener el concepto técnico al que allí se hace referencia colocando exclusivamente, en un principio, en los propietarios o copropietarios la responsabilidad que deriva del mismo, sin tener en cuenta que también corresponde a las autoridades adoptar todas las medidas que se requieran para salvaguardar la vida, integridad y salud de las personas, de manera inmediata y no sólo subsidiaria. Y además, concediendo una sola alternativa, como lo es el refuerzo estructural, cuando pueden ser variadas las medidas, incluyendo la demolición. A ello se agrega que la responsabilidad impuesta a los propietarios debe respetar los derechos de contradicción y de defensa”.

LICENCIA URBANÍSTICA DE CONSTRUCCIÓN EN LA MODALIDAD DE REFORZAMIENTO ESTRUCTURAL – Trámite / SOLICITUD DE LICENCIA URBANÍSTICA DE CONSTRUCCIÓN EN LA MODALIDAD DE REFORZAMIENTO ESTRUCTURAL – Legitimación

Problema jurídico 2: *¿Para la protección de los derechos colectivos resulta suficiente la medida adoptada en el literal b) del inciso segundo del párrafo 3 del artículo 1º del Decreto 1547 de 2015, que establece: “Si el proyecto se encuentra en periodo de garantía de la construcción, deberá tramitarse la licencia de construcción en la modalidad de reforzamiento estructural por el constructor o enajenador responsable de la garantía o la compañía de seguros que constituyó la misma. En caso de no hacerlo, dicho trámite lo podrá adelantar el municipio o distrito. Los costos del trámite y de la ejecución de la obra estarán a cargo de quienes deben asumir la garantía de la construcción?”*

Tesis 2: “El despacho no advierte que tal medida sea suficiente para la protección de los derechos colectivos en juego al disponer que la licencia de construcción en la modalidad de reforzamiento estructural debe tramitarse por parte del constructor responsable de la obra, pues precisamente si la edificación se encuentra en condiciones que amenazan colapso, es razonable concluir que el constructor ha omitido sus deberes de diligencia y cuidado en el desarrollo del proyecto, motivo por el cual no

sería el sujeto indicado para adelantar dicho trámite; y menos aún, desplazando las precisas obligaciones, deberes y responsabilidades que corresponden a las autoridades, propietarios y copropietarios en una situación de tal magnitud. Por este motivo, el Despacho suspenderá a su vez el aparte resaltado del literal b) del inciso segundo del párrafo 3º del artículo 1º del acto acusado, en el entendido que si el proyecto se encuentra en periodo de garantía de la construcción, los costos del trámite y de la ejecución de la obra estarán a cargo de quienes deben asumir la garantía de la construcción, pero no serán ellos quienes se encarguen de adelantar el trámite para el reforzamiento estructural. En estos eventos, quienes deben encargarse de adoptar las medidas que se requieran son las autoridades competentes y los propietarios o copropietarios, de acuerdo con la ley, quienes además deberán responder por los daños que una eventual omisión o indebida acción pueda ocasionar. Todo lo dicho, se entiende sin perjuicio de las acciones que los afectados puedan adelantar contra los responsables de la situación. Por lo expuesto anteriormente, el Despacho decretará la suspensión provisional de los efectos de los apartes resaltados del párrafo 3 del artículo 1 del Decreto 1547 de 2015”.

[Auto de 9 de febrero de 2018, exp. 11001-03-24-000-2015-00522-00, C.P. Oswaldo Giraldo López, medio de control de nulidad.](#)

SECCIÓN PRIMERA (S5 Descongestión Acuerdo 357/2017)

18. Es nulo el acto mediante el cual se revisa y ajusta el plan de ordenamiento territorial por haber sido expedido sin la aprobación previa de la autoridad ambiental.

Síntesis del caso: *Se demandó el Acuerdo 013 de 2006, “«[p]or medio del cual se revisa y ajusta el Acuerdo 031 de 2000, Plan Básico de Ordenamiento Territorial»”, proferido por el concejo del Municipio de La Ceja del Tambo (Antioquia), porque, a juicio del demandante, fue expedido en forma irregular, con violación de los procedimientos y trámites previstos en la Ley, ya que, antes de presentarse un proyecto de acuerdo ante el Concejo Municipal, el alcalde debe agotar el procedimiento de concertación interinstitucional.*

PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN Y AJUSTE DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / CONCERTACIÓN INTERINSTITUCIONAL PARA APROBACIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / APROBACIÓN PREVIA DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Obligatoriedad / CONVALIDACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR CUMPLIMIENTO POSTERIOR DE UNA FORMALIDAD SUSTANCIAL EXIGIDA PARA SU PRODUCCIÓN – Improcedencia

Problema jurídico: *¿Le corresponde a esta Corporación resolver si la sentencia apelada debe ser revocada, al haber operado la convalidación del acto administrativo, según la cual, a pesar de que fue expedido con violación del procedimiento establecido en los artículos 24 y 25 de la Ley 388 de 1997 y del artículo 7º del Decreto 4002 de 2004, tal exigencia se satisfizo con posterioridad?*

Tesis: “[E]s claro que el procedimiento para la revisión y ajuste de los Planes de Ordenamiento Territorial requiere de unas instancias que deben surtirse, como lo son la participación democrática y la concertación interinstitucional, pues con ello se materializa la finalidad del mismo, que no es otro que servir de instrumento básico para desarrollar el proceso de ordenamiento del territorio municipal. Como el objeto de la controversia planteada en segunda instancia radica en la aludida concertación, debe

indicarse que de conformidad con el numeral 1° del artículo 24 de la Ley 388 de 1997, previo a la presentación del proyecto de Acuerdo Municipal de Plan de ordenamiento territorial ante el Concejo Municipal, para su correspondiente discusión, este debe someterse a consideración de la Corporación Autónoma Regional o autoridad ambiental correspondiente, para su aprobación en lo concerniente a los asuntos exclusivamente ambientales, dentro del ámbito de su competencia, para lo cual dispondrá de 30 días, ello en razón de la incidencia ambiental de dicho plan. Tal como lo advirtió el a quo, dicha exigencia no se cumplió de forma previa, puesto que el acuerdo acusado se expidió el 6 de septiembre de 2006, mientras que el acto administrativo que declaró concertado las modificaciones al Acuerdo 031 de 2000, esto es, la Resolución 112 4966, se emitió con posterioridad el 14 de septiembre de 2006 (...) En el presente caso, se trata del cumplimiento de una formalidad sustancial exigida para la producción del mismo, es decir, una observancia de las formalidades, la cual implica el sometimiento al ordenamiento jurídico por parte de la administración, por lo que, su ausencia afecta la validez del acto acusado. Así las cosas, no encuentra asidero el argumento del apelante en tratar de eludir el vicio advertido por el a quo bajo la ocurrencia de la convalidación planteada, en la medida de que se trató del incumplimiento de un requisito previo para la conformación del acto administrativo demandado”.

[Sentencia de 22 de marzo de 2018, exp. 05001-23-31-000-2008-00254-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, acción de nulidad.](#)

19. El Concejo Municipal de Cartagena carece de competencia para establecer una sobretasa por el término de 10 años, a recaudar por medio de los recibos de gas domiciliario, acueducto y alcantarillado, para la realización de obras que benefician a los habitantes de los barrios pertenecientes a las Comunas 1 y 5.

Síntesis del caso: *Se demandó el Acuerdo 020 de 26 de septiembre de 2002, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, “por medio de la cual se autoriza el cobro de una sobretasa y se dictan otras disposiciones”.*

FALTA DE COMPETENCIA DEL CONCEJO MUNICIPAL PARA ESTABLECER TASAS / RESERVA DE LEY / FALSA MOTIVACIÓN EN LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE ACUERDO MUNICIPAL / PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA – Vulneración

Problema jurídico: *¿El Acuerdo 020 de 26 de septiembre de 2002 “por medio del cual se autoriza el cobro de una sobretasa y se dictan otras disposiciones”, fue expedido con falta de competencia y falsa motivación por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, por cuanto estableció el cobro de una sobretasa por el término de 10 años que se recaudaría por medio de los recibos de gas domiciliario, acueducto y alcantarillado, la cual tenía como fin la realización de obras de interés general, seguridad, construcción, dotación, mantenimiento del Instituto Tecnológico Comunitario y demás instituciones educativas que benefician a los habitantes de los barrios pertenecientes a las Comunas 1 y 5 de Cartagena?*

Tesis: “[D]icho Acuerdo, tal y como lo manifestó el a quo, no señaló la ley que previamente autorizó al ente territorial para la implementación y el cobro de la sobretasa, ni fue demostrada o invocada su existencia, lo cual era necesario para adquirir el derecho de su creación, administración, reglamentación y manejo, de acuerdo con sus necesidades de imposición. Contrario a lo sostenido por el apelante, la Sala concluye que el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, al crear una sobretasa para las Comunas 1 y 5 de esa ciudad, sin previa concepción y/o autorización del Congreso de la República, lo hizo con una indiscutible falta de competencia. (...) [P]ara la Sala es notorio que el acto acusado también adolece de falsa motivación, pues si

bien es cierto se expusieron las razones que lo sustentaban, también lo es que su fundamentación es distinta a la realidad, al no haber existido el consenso invocado en la exposición de motivos, y las consideraciones, tal y como se pudo verificar, no justifican las medidas adoptadas en el cuerpo del acto administrativo atacado. O lo que es igual, se pudo constatar que no es cierto, como se manifestó en la exposición de motivos, que el proyecto de acuerdo, en lo relativo a la sobretasa impuesta a la población de la Comuna 1, fuese consecuencia de una decisión originalmente adoptada en dicha Junta Administradora Local y luego acogida por el Ejecutivo, sino que, por el contrario, como quedó consignado en el Acta de comisión nro. 19, todo apunta a que ello obedeció a una iniciativa propia de la Alcaldía Distrital que luego pretendió ser avalada en el seno de la corporación edilicia, quedando así en evidencia, por lo mismo, que no existió concordancia, congruencia y correspondencia entre la realidad y las motivaciones que respaldaron la presentación del mencionado proyecto. Lo anterior, sin perjuicio de indicar que, en lo que concierne a la sobretasa establecida para la Comuna 5, no fue demostrado por parte del Distrito demandado, la existencia de la “decisión adoptada” por su respectiva Junta Administradora Local y que fue invocada como sustento fáctico y jurídico de la pluricitada exposición de motivos”.

[Sentencia de 8 de marzo de 2018, exp. 13001-23-31-000-2002-01674-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro, acción de nulidad.](#)

20. La Secretaría de Planeación Municipal del municipio de Pasto carece de competencia para establecer tarifas por concepto de licencias de ocupación y utilización del espacio público.

Síntesis del caso: *Se demandaron algunos apartados de los literales a) del numeral 6° y c) del numeral 9° del artículo 1° de la Resolución N°. 129 del 27 de agosto de 2010 proferida por Secretaría de Planeación Municipal de la Alcaldía de Pasto, “Por medio de la cual se reglamenta un procedimiento para resolver las solicitudes de Licencias de Intervención y Ocupación del Espacio Público en la Secretaría de Planeación Municipal”.*

FALTA DE COMPETENCIA DEL ENTE TERRITORIAL PARA ESTABLECER TRIBUTOS / RESERVA DE LEY

Problema jurídico: *¿Se debe determinar si, de conformidad con los argumentos de la impugnación, se revoca, modifica o confirma la providencia del 9 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó las pretensiones de la demanda, para lo cual se deberá resolver si los apartes demandados crearon el tributo que señala la parte actora y, de ser así, si la Secretaría de Planeación Municipal de Pasto tenía la competencia para ello?*

Tesis: “[E]l Decreto 1469 de 2010 no contempló la posibilidad de una tasa para la expedición de licencias de intervención y ocupación del espacio público, como sí lo hizo respecto de otras licencias que son de competencia de los curadores urbanos, pero, se insiste, la que ocupa la atención de la Sala, a diferencia de las demás contenidas en el artículo 2° del mencionado Decreto, no es de competencia de éstos sino de los municipios o distritos, para las cuales no se señaló la posibilidad de cobrar tarifa alguna. Así las cosas, se tiene que la Secretaría de Planeación Municipal del Municipio de Pasto, con base en el Decreto 1469 de 2010, que en efecto es de orden nacional, creó un cobro por la expedición de licencias de intervención y ocupación del espacio público, sin embargo, la norma en que se fundamenta la disposición municipal no respalda su creación, pues en su articulado no crea el tributo, ni habilita a otras autoridades para su creación, por lo cual el cobro objeto de estudio fue instituido sin que la autoridad territorial tuviese competencia para ello. Por lo tanto, se concluye que, con los apartes demandados, se violó el principio de legalidad del tributo, al no existir ley que autorizara

la creación de una tasa por intervención y ocupación del espacio público, lo que se concluye en una falta de competencia de la Secretaría de Planeación Municipal del Municipio de Pasto para su establecimiento, pues para la creación del cobro por el desarrollo de determinada actividad debe acatar lo establecido en los artículos 150.12, 287 y 338 de la Constitución Política, que prevé el mencionado principio de legalidad del tributo y de competencia, al momento de regularse una materia impositiva que no constituye una facultad originaria, sino derivada o residual, por lo que no es dable imponer tributos sin una ley previa que los autorice”.

[Sentencia de 1 de marzo de 2018, exp. 52001-23-31-000-2011-00034-01, C.P. Rocío Araujo Oñate, acción de nulidad.](#)

VII. SECCIÓN SEGUNDA

- 21. El reconocimiento de la pensión de sobreviviente, con fundamento en el Decreto 758 de 1990, procede para los servidores públicos afiliados al Instituto de Seguros Sociales (ISS).**

Síntesis del caso: *El cónyuge de un docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones del magisterio solicita el reconocimiento de la pensión de sobreviviente con fundamento en el Decreto 758 de 1990.*

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DE DOCENTE AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO- Reconocimiento / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Improcedencia

Problema jurídico: *¿Es procedente reconocer la pensión de sobrevivientes al cónyuge de un docente, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta que el régimen especial aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contenido en el Decreto 224 de 1972 les resulta menos favorable?*

Tesis : “Habida cuenta de que la aplicación de la referida norma [Decreto 758 de 1990 – artículo 1] delimita su campo de acción a trabajadores del sector privado que efectúen cotizaciones al ISS, a los afiliados obligatorios a dicha entidad o en forma excepcional a los servidores públicos que durante su vinculación estuvieron afiliados al ISS, no es procedente aplicar en forma extensiva dicha norma a los demandantes en orden a hacerlos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en ella contemplada, pues no se encuentran en ninguno de estos supuestos fácticos”.

[Sentencia de 17 de noviembre de 2017, exp. 05001-23-33-000-2014-01888-01\(0620-17\), C.P. César Palomino Cortés, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

- 22. La Sección avoca conocimiento para proferir sentencia de unificación en relación con la sanción moratoria de cesantías parciales o definitivas de docentes.**

Síntesis del caso: *Se solicita por un docente oficial el reconocimiento de la sanción moratoria en el pago de las cesantías definitivas.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Procedencia / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA EN SANCIÓN MORATORIA DE CESANTÍA DE DOCENTE

Problema jurídico: *¿Al docente oficial es dable el reconocimiento de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, que reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos?*

Tesis: “Es necesario sentar jurisprudencia frente a los siguientes aspectos (...) 1) ¿Cuál es la naturaleza del empleo de docente del sector oficial? 2) En el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías o se pronuncie de manera tardía. ¿A partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora? 3)Cuál es el salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. 4) Determinar si resulta procedente la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce”.

[Auto de 1 de febrero de 2018, exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01\(4961-15\), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

23. La Sección avoca conocimiento para dictar sentencia de unificación y establecer la regla jurisprudencial respecto al reconocimiento de la pensión gracia a los docentes financiados con recursos del situado fiscal.

Situación fáctica: *Docente solicita que se reconozca la pensión gracia con el cómputo del tiempo de servicios en que devengó el salario y prestaciones sociales de recursos provenientes del situado fiscal.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE PENSIÓN GRACIA – Procedencia / RECURSOS DEL SITUADO FISCAL – Naturaleza / DOCENTE CON VINCULACIÓN DEL FONDO EDUCATIVO REGIONAL – Naturaleza jurídica

Problema jurídico: *¿Son beneficiarios de la pensión gracia los docentes nombrados por entidades territoriales y financiados con dineros del situado fiscal o sistema general de participación, en cuya vinculación ha intervenido el fondo educativo regional?*

Tesis: “Se estima indispensable que la sección segunda profiera sentencia de unificación dentro del asunto, por cuanto en aquellos litigios, como el presente, identificados por el tema de pensión gracia, tienen cuestiones que ameritan ser estudiadas y delimitadas en una sentencia de unificación jurisprudencial, tal es el caso de la naturaleza jurídica de los recursos transferidos o cedidos por la Nación a las entidades territoriales en virtud del antiguo situado fiscal, hoy sistema general de participaciones, y de calificar como docentes nacionales a todos aquellos educadores donde en el acto de su vinculación al servicio oficial haya intervenido el respectivo fondo educativo regional, en consideración a que los recursos para atender sus acreencias laborales provenían directamente de la Nación (asuntos que no han sido delimitados en un fallo de dicha naturaleza)”.

[Auto de 15 de febrero de 2018, exp. 25000-23-42-000-2013-04683-01\(3805-14\), C.P. Carmelo Perdomo Cueter, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

24. La lista de elegibles elaborada respecto del concurso de mérito de la Convocatoria 01 de 2005 del Distrito Capital, no puede utilizarse para proveer aquellos cargos de Inspector de Policía que fueron retirados del concurso en virtud de que estaban siendo ejercidos por personal sujeto de una prerrogativa extraordinaria.

Síntesis del caso: *La Comisión Nacional del Servicio Civil retiró dos cargos de Inspector de Policía de la Convocatoria 01 de 2005 del concurso de méritos del Distrito Capital, en cumplimiento de la sentencia de nulidad C-588/09 de la Corte Constitucional.*

CONCURSO DE MÉRITOS DE INSPECTOR DE POLICÍA / ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2008 / OFERTA DE EMPLEOS VACANTES / NO UTILIZACIÓN DE LISTA DE ELEGIBLES / RETIRO DE EMPLEOS DE LA OFERTA PÚBLICA

Problema jurídico: *¿Los actos administrativos demandados son ilegales, en cuanto presuntamente le cercenaron el derecho a ser nombrado en el empleo de Inspector de Policía 41806 ofertado en la Convocatoria 01 de 2005?*

Tesis: “[L]a lista de elegibles de la cual predica su derecho para ser nombrado en el empleo 41806 se agotó para los 6 cargos ofertados, sin que sea razonable que ahora deba usarse para los 2 cargos que fueron retirados, pues, se repite, en su momento se dispuso de ellos para proteger a los beneficiarios del Acto Legislativo. (...) [L]a lista de elegibles elaborada respecto de los concursos que pudieron seguir desarrollándose pese a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2008, no puede utilizarse para proveer aquellos que fueron retirados del concurso en virtud de que estaban siendo ejercidos por personal sujeto de una prerrogativa extraordinaria, y que pese a que ésta fue declarada inconstitucional, su efecto jurídico consistía en continuar el concurso para ellos, cosa diferente al caso concreto en que el concurso en el que participó el actor ya había fenecido”.

[Sentencia de 1 de febrero de 2018, exp. 110001-03-25-000-2012-00439-00\(1788-12\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

25. El Gobierno Nacional carece de competencia para asignarle el término de prescripción de cuatro años al reconocimiento de la pensión, ya que esa tiene el carácter imprescriptible, así mismo, el presidente del Instituto de Seguros Sociales (ISS) no tiene la facultad para fijar término de prescripción de un año al cobro de la incapacidad o licencia de maternidad y el pago del subsidio, ya que estos están sometidos a prescripción trienal.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional a través del Decreto 758 de 1990, estableció la prescripción de 4 años para el reconocimiento de la mesada pensional y de 1 año para el reconocimiento de prestaciones. El presidente del Instituto de Seguro Social mediante la Resolución 2266 de 1998, establece el término prescripción de 1 año para transcribir la incapacidad o la licencia de maternidad, no teniendo competencia para ello.*

PRESCRIPCIÓN RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN / NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD / TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DIFERENTE AL TRIENAL

Problema jurídico 1: *¿El artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990, aprobado a través del Decreto 758 de 1990 [...] adolece[] de nulidad por ilegalidad al infringir las normas en las que deben fundarse, cuando establecen un término de prescripción diferente al trienal que es ordenado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral?*

Tesis 1: “[E]l artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990 deviene en ilegal al constituirse en una rústica reproducción del artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 151 del Estatuto Procesal del Trabajo, y es por tal motivo que se declarará su nulidad. El artículo 50 del Acuerdo insta en 4 años el término de «prescripción para el reconocimiento de una mesada pensional», con lo que desconoce que el derecho al reconocimiento de la pensión, es imprescriptible, porque se trata de una prestación social de naturaleza periódica o de tracto sucesivo y de carácter vitalicio, que según los mandatos de la Carta Política es irrenunciable, tal como lo establece su artículo 48 y cuyo pago debe ser oportuno según lo determina su artículo 53. A contrario, lo que legalmente bien puede someterse al término prescriptivo, es el derecho al cobro de las respectivas mesadas pensionales. Como se anticipó, el artículo 36 de la Ley 90 de 1946 en lo pertinente señaló «... la acción para el reconocimiento de las demás prestaciones y el derecho a cobrar cualquier subsidio o pensión ya reconocidos, prescribe en un (1) año». De esta suerte, válidamente se puede afirmar, que el artículo 50 del Acuerdo 49 de 1990 deviene en ilegal al constituirse en una rústica reproducción del artículo 36 de la Ley 90 de 1946, que fue derogado por el artículo 151 del Estatuto Procesal del Trabajo, y es por tal motivo que se declarará su nulidad”.

COMPETENCIA DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS / COBRO DE LICENCIA DE MATERNIDAD / PRESCRIPCIÓN TRIENAL

Problema jurídico 2: *¿ [...] el artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, adolece[] de nulidad por ilegalidad al infringir las normas en las que deben fundarse, cuando establecen un término de prescripción diferente al trienal que es ordenado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral?*

Tesis 2: “[E]l artículo 23 de la Resolución 2266 de 1998, preceptúa: «De los términos para la transcripción y cobro de incapacidades o licencias por maternidad. El afiliado dispone de un año a partir de la fecha de ocurrencia del evento que originó la incapacidad o la licencia por maternidad para solicitar la transcripción del certificado y el pago del subsidio correspondiente, siempre y cuando haya cumplido los períodos de cotización respectivos para tener derecho a éste». dicho término de prescripción deviene en ilegal, habida cuenta de que tanto la incapacidad como la licencia de maternidad se constituyen en derechos de carácter social, que al tenor de lo dispuesto por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, se encuentran sometidos a la prescripción trienal, sin que le sea permitido a la presidencia del Seguro Social a través de una resolución, con claro desconocimiento de la normativa superior a la cual debe sujetarse, desconocer la naturaleza de tales derechos para asignarles un menor tiempo de prescripción, en claro detrimento de los afiliados”.

[Sentencia de 8 de febrero de 2018, exp. 11001-03-25-000-2008-00013-00\(0353-08\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, medio de control de nulidad.](#)

26. El examen médico de retiro de la Policía Nacional es de carácter obligatorio el cual se realiza por una sola vez al momento de desvincularse de la Institución.

Síntesis del caso: *Agente de la Policía Nacional insta a la junta médico laboral para que autorice realizar nuevamente un examen médico de retiro y solicita el reconocimiento de los tres meses de alta al no encontrarse su situación jurídica consolidada con la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004.*

RETIRO DEL SERVICIO DE LA POLICÍA NACIONAL / SITUACIÓN JURÍDICA NO CONSOLIDADA / RECONOCIMIENTO DE 3 MESES DE ALTA

Problema jurídico 1: *¿El demandante en su calidad de agente retirado de la Policía Nacional tiene derecho al reconocimiento de los tres meses de alta, toda vez que su situación jurídica por este aspecto no se encontraba consolidada al momento de declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004?*

Tesis 1: “[L]e asiste el derecho al reconocimiento y pago de los tres meses de alta, toda vez que su situación jurídica no se encontraba consolidada al momento de la declaratoria de nulidad del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 a través de la sentencia proferida por esta Corporación el 28 de febrero de 2013”.

EXAMEN MEDICO DE RETIRO / INCAPACIDAD PERMANENTE – Accidente común / INDEMNIZACIÓN

Problema jurídico 2: *¿El demandante tiene derecho a que la Policía Nacional le realice el examen médico con ocasión del retiro del servicio activo de la institución, ocurrido en el año 2006?*

Tesis 2: “[L]a Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, le realizó no solamente el examen de capacidad sicofísica de retiro, sino que por su solicitud, le realizó la junta médico laboral, en donde le determinó una incapacidad permanente parcial del 16%, catalogada como un accidente común. Así mismo, la Policía Nacional, conforme a lo señalado en el artículo 37 del Decreto 1796 de 2000 le reconoció la respectiva indemnización. En las anteriores condiciones, observa la Subsección que la entidad demandada dio cumplimiento a la normativa y definió la situación de sanidad del demandante y el reconocimiento de las respectivas prestaciones. En conclusión: En el presente asunto no hay lugar a ordenar la realización del examen médico de retiro del demandante, toda vez que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional lo efectuó al momento del retiro y posteriormente desarrolló la Junta Médica laboral, con el respectivo pago de la indemnización a que hubo lugar por dicha situación”.

[Sentencia de 18 de enero de 2018, exp. 19000-23-31-000-2013-00507-01\(2985-15\), C.P. William Hernández Gómez, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

VIII. SECCIÓN TERCERA

27. Se condena al Estado por la desaparición forzada de enfermero integrante de misión médica.

Síntesis del caso: *Henry Calixto Rey Morales, desapareció el 4 de agosto de 2003 en cercanías al municipio de Monterrey, Casanare, en el marco de una misión médica realizada en una zona de presencia paramilitar.*

VIOLACIÓN AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / DAÑO DERIVADO DEL HECHO DE UN TERCERO / DESAPARICIÓN FORZADA / PERSONAL SANITARIO – Enfermero / PROTECCIÓN DE MISIONES MÉDICAS / DEBER REFORZADO DE PROTECCIÓN ESTATAL – Omisión / PREVISIBILIDAD DEL DAÑO – Contexto

Problema jurídico 1: *¿Se configuró alguna omisión imputable a las demandadas que incidiera de modo relevante en la afectación de los derechos a la integridad física y libertad personal de Henry Calixto Rey Morales, configurándose, de esta manera, una infracción al Derecho Internacional Humanitario; o, por el contrario, se presenta una causal eximente de responsabilidad estatal como lo es el hecho exclusivo y determinante del tercero?*

Tesis 1: “En el presente proceso, el Estado no dio cuenta de las labores específicas desplegadas en aras de garantizar la seguridad de las unidades y transportes sanitarios en Monterrey. No está justificado el hecho de haber descartado en forma irresponsable el riesgo de ataque sobre las formaciones médicas, lo que constituye sin duda, una falla del servicio atribuible a las demandadas. En efecto, las autoridades conocían la situación especial de peligro y, por ende, la previsibilidad de una acción criminal en contra de las unidades y transportes sanitarios que se desplazaban a diferentes lugares cercanos de Monterrey a atender y asistir los heridos; sin embargo, desatendió su obligación estipulada claramente en las normas D.I.C.A. con el único argumento de que las amenazas eran imprevisibles e irresistibles, lo que carece de sustento y suficiente peso de veracidad, en la medida que muchos actos atroces perpetrados por los paramilitares fueron conocidos con anticipación por las mismas entidades demandadas, lo que aparece documentado en varios informes oficiales (...) Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que los daños sufridos por los demandantes en agosto de 2003 a manos de las “Autodefensas Campesinas del Casanare” son imputables a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Ejército Nacional a título de falla del servicio, toda vez que se evidenció que el Estado faltó a su deber de proteger y brindar seguridad al enfermero”.

OBLIGACIÓN DE INVESTIGAR, JUZGAR Y REPARAR – Incumplimiento / INVESTIGACIÓN DE VIOLACIONES MASIVAS Y SISTEMÁTICAS DE DERECHOS HUMANOS / JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ – Recomendaciones

Problema jurídico 2: *¿Se cumplen los presupuestos necesarios para imputarle responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación por los daños derivados de la vulneración a derechos constitucional y convencionalmente amparados de los familiares del enfermero desaparecido como lo son la justicia y la verdad?*

Tesis 2: “La Fiscalía General de la Nación no puede exonerarse de responsabilidad —tal como lo sostiene en el escrito de contestación de la demanda— con fundamento en el hecho exclusivo y determinante de un tercero, pues al tenor de las pretensiones del libelo de la demanda, el actor es claro en precisar que no se investigó, juzgó y sancionó

a los responsables por la desaparición de su familiar y, de acuerdo con las actuaciones del órgano acusador soportados por las piezas del proceso penal, este daño se le reprocha a la Fiscalía General de la Nación quien dio lugar a que se perpetuara no solo un estado de impunidad sino la incertidumbre sobre el verdadero paradero de su ser querido (...) Se orden[a], como medida de satisfacción y a efectos de asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección de derechos humanos, cuya consecuencia lógica es cumplir con la obligación de investigar sería, eficaz, rápida, completa e imparcialmente, enviar copias auténticas de la totalidad del expediente en el que conste el presente trámite contencioso administrativo con destino a la Fiscalía General de la Nación y, por ser pertinente, a la Jurisdicción Especial para la Paz, con arreglo a lo previsto en el artículo 5º y siguientes del Acto Legislativo 01 de 2017 para que se estudie la posibilidad de avocar la competencia sobre los hechos de que trata esta sentencia, su declaratoria como delito de lesa humanidad, si es del caso, a efectos de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar no solo a los responsables directos de la desaparición del enfermero Henry Calixto Rey Morales por las “Autodefensas Campesinas del Casanare”, sino también a los autores intelectuales que favorecieron o incentivaron la comisión de esos actos materializados en la desaparición y muerte de Rey Morales, ocurrida el 4 de agosto de 2003 en cercanías al municipio de Monterrey, Casanare”.

[Sentencia de 30 de noviembre de 2017, exp. 85001-23-31-000-2011-00096-01\(46567\) C.P. Ramiro Pazos Guerrero, acción de reparación directa.](#)

28. Se condena al Estado por la desaparición forzada y posterior ejecución extrajudicial de un hombre presentado como guerrillero muerto en combate.

Síntesis del caso: *Omar de Jesús Gutiérrez desapareció en la tarde del sábado 31 de julio de 2004, mientras desempeñaba su oficio de ayudante de bus intermunicipal entre los municipios de Abejorral y La Ceja, Antioquia, su cuerpo fue identificado casi seis años después.*

DAÑO DERIVADO DE LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS Y AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / DESAPARICIÓN FORZADA / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONNIVENCIA DE AGENTES DEL ESTADO CON GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY / FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico 1: *¿Es imputable al Estado la responsabilidad por los daños causados a los demandantes con ocasión de la desaparición y posterior muerte del señor Omar de Jesús Gutiérrez en contubernio con grupos paramilitares que operaban en la región de los municipios de La Ceja y Abejorral en el departamento de Antioquia?*

Tesis 1: “[E]stima la Sala que en el presente caso se presentó el crimen de lesa humanidad denominado “desaparición forzada” tal como ha sido definido por la jurisprudencia contencioso administrativa; ilícito este en el cual tuvieron participación los miembros del Ejército Nacional pues, además de que se probó fehacientemente que el grupo paramilitar que perpetró el inicial secuestro puso a la víctima en manos de miembros de la institución estatal castrense, también se evidenció que estos últimos le quitaron la vida al familiar de los demandantes en el marco de un supuesto combate, lo disfrazaron con un atuendo camuflado y botas pantaneras con la intención de hacerlo aparecer como un guerrillero dado de baja en el marco de un combate supuestamente llevado a cabo en cercanías a la ciudad Medellín y, como si ello fuera poco, lo despojaron de cualquier rastro de identidad, lo que implicó que el cadáver fuera sepultado como N.N. –no identificado–; anonimato este en el que permaneció por varios años hasta que la identidad del cuerpo fue lograda plenamente en el registro de defunción sentado e inscrito el 24 de junio de 2010 (...) Así las cosas, tanto la desaparición forzada como el homicidio en persona protegida son fallas del servicio

acreditadas dentro del presente caso, cometidas por la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional”.

PRINCIPIOS DE CONGRUENCIA Y NO REFORMATIO IN PEJUS - Límites / REPARACIÓN INTEGRAL / MEDIDAS DE SATISFACCIÓN, REHABILITACIÓN Y NO REPETICIÓN - Componentes

Problema jurídico 2: *¿Es viable modificar la sentencia de primer grado, en aras de decretar algunas medidas encaminadas a la no repetición de hechos como los que son materia de juzgamiento dentro del proceso de la referencia sobre la base de que la demandada es apelante único?*

Tesis 2: “[E]n casos en los que se debaten graves afectaciones a las garantías esenciales de las personas, es procedente decretar todas las medidas que sean necesarias en aras de lograr la rehabilitación de las víctimas, sin que el logro de ese objetivo pueda verse perjudicado por principios de corte procesal como la congruencia y la prohibición de reforma en perjuicio del apelante único (...) Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no *reformatio in pejus* con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia (...) [E]stima la Sala que las medidas de satisfacción, rehabilitación y no repetición que se adopten frente a casos como el presente, deben ir más allá de buscar una reivindicación volcada hacia la pretérita época en la que ocurrieron las lesiones a los derechos de las víctimas, y deben propender, antes bien y además, por una modificación de las condiciones estructurales que dieron lugar a la victimización, de tal forma que se trate de una reparación verdaderamente transformadora que tienda a impedir el surgimiento de hechos similares en el futuro (...)”.

[Sentencia de 12 de octubre de 2017, exp. 05001-23-31-000-2010-01922-01\(49416\) C.P. Danilo Rojas Betancourth, acción de reparación directa.](#)

29. Se condena al Estado por falla del servicio en desarrollo de una misión táctica que le causó lesiones graves a un suboficial del Ejército Nacional por la explosión de una mina antipersona.

Síntesis del caso: *El 11 de diciembre de 2008, un suboficial del Ejército Nacional en el grado de cabo primero en la compañía B del Batallón de Contraguerrilla n.º 09 “Los Panches”, fue víctima de una mina antipersona en desarrollo de la misión táctica “Destello” en el sector de San José de las Hermosas, municipio de Chaparral-Tolima; frente a la gravedad de las heridas se tomó la decisión de amputar su pierna izquierda, la junta médica laboral del Ejército Nacional le otorgó una incapacidad laboral permanente en porcentaje del 99,55%.*

DAÑOS CAUSADOS A SERVIDORES ESTATALES / DAÑO CAUSADO A INTEGRANTE DE LA FUERZA PÚBLICA EN COMBATE / DAÑO CAUSADO EN OPERATIVOS MILITARES / DAÑO CAUSADO A PROFESIONAL DE LA FUERZA PÚBLICA / EXISTENCIA DE UNA FALLA DEL SERVICIO / OMISIÓN DE DEBERES CONSTITUCIONALES Y LEGALES / INCREMENTO INJUSTIFICADO DEL RIESGO AL QUE NORMALMENTE DEBEN SOMETERSE LOS MILITARES VOLUNTARIAMENTE VINCULADOS AL SERVICIO / CONTRADICCIÓN DE PROTOCOLOS MILITARES DE SEGURIDAD / INEXISTENCIA DE MEDIDAS PARA LA DETECCIÓN DE ARMAS NO CONVENCIONALES

Problema jurídico: *¿La actuación del Estado en abierta contradicción a los protocolos militares de seguridad, que ocasiona un incremento injustificado del riesgo al que normalmente deben someterse los militares voluntariamente vinculados al servicio, configura una falla del servicio?*

Tesis: “[L]a operación militar denominada “Destello” fue dirigida por el Ejército Nacional con miras a neutralizar a un comandante de las FARC, por lo que era previsible que este grupo insurgente, cuya presencia en la zona del Cañón de Las Herosas era abundante y bien apertrechada, dispusiera de todos los mecanismos de guerra, convencionales y no convencionales, encaminados a impedir el avance de los miembros del Ejército Nacional. Tal situación, conocida por los militares, fue exhaustivamente reseñada en la orden de operaciones que serviría de guía para el desarrollo del operativo militar, en la que de forma vehemente se solicitó a los comandantes de escuadra ser muy cuidadosos con los artefactos utilizados por los insurgentes. (...) la compañía a la cual pertenecía el señor César Augusto Amaya Mantilla había perdido los elementos necesarios para la detección de minas antipersona, pues el binomio canino había fallecido en los días anteriores y, además, los detectores de metales habían sido destinados a la protección de otro grupo de militares. (...) se tenía conocimiento de la presencia de campos minados en el Cañón de Las Herosas, así como también de la activación de algunos de ellos en la misma área, lo que hacía aún más necesario contar con detectores y equipos caninos de rastreo, como requisito indispensable para poder tener un tránsito seguro por la zona de operaciones. (...) se le ordenó al cabo César Augusto Amaya Mantilla dirigir su grupo hacia un paraje en el que (...) se sospechaba sobre la presencia de armas no convencionales, movimiento que se hizo sin proporcionarle a estos efectivos militares los instrumentos necesarios para delatar la presencia de artefactos explosivos, lo que implica que, además de que se actuó en abierta contradicción con los protocolos militares de seguridad, se propició un incremento injustificado del riesgo al que normalmente deben someterse los militares voluntariamente vinculados al servicio, lo cual constituye una evidente falla en la prestación del servicio que hace procedente la condena a cargo de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional”.

[Sentencia de 14 de febrero de 2018, exp. 73001-23-31-000-2011-00167-01\(52616\), C.P. Danilo Rojas Betancourth, acción de reparación directa.](#)

Aclaración de voto de la Consejera Stella Conto Díaz del Castillo

ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL / APLICACIÓN PREFERENCIAL DE LA CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD / OBLIGACIÓN DE APLICAR LA CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD SI EL DAÑO ANTIJURÍDICO ESTÁ PROBADO / IMPOSICIÓN DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE FALLA DEL SERVICIO SOBRE LA CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD – Desacuerdo

Problema jurídico: *¿Es procedente el análisis de la responsabilidad estatal fundamentada únicamente en la aplicación de la cláusula general de responsabilidad cuando se encuentra probado el daño antijurídico?*

Tesis: “[A]compañó la decisión adoptada por la Sala el 14 de febrero de 2018 que accedió a las pretensiones, tal como lo imponía el acervo probatorio, el cual da cuenta de la responsabilidad extracontractual y patrimonial del Estado (...) me aparto de la decisión en cuanto considera que el daño se produjo como consecuencia de la falta de más equipos antiexplosivos como lo era otro detector de metales y el binomio canino. (...) Es por ello, que debo reiterar que la responsabilidad estatal debe ser analizada y fundamentada desde el artículo 90 constitucional. (...) si se considera que el artículo 90 constitucional propende por

la reparación de los daños antijurídicos causados a los particulares por acción u omisión de los agentes estatales, sin más. Se trata, como se puede observar, de hacer efectiva la cláusula general de responsabilidad establecida en el artículo 90 de la Carta Política. Lo contrario, es decir, la utilización de los tradicionales regímenes de responsabilidad, además de restarle fuerza normativa al contenido del artículo 90 constitucional, producen en la práctica una valoración de la conducta causante del daño, lo que, como se ha visto, aparte de desbordar el papel del juez de la responsabilidad, puede comprometer los juicios que sobre la conducta personal de los agentes eventualmente deban realizarse en otros procesos, pues, previamente se ha calificado como legítima o ilegítima su actuación. (...) a mi parecer, no solo deviene en innecesario sino contrario al ordenamiento superior recabar en la existencia de una falla en la prestación del servicio por parte del Ejército Nacional, porque, en todo caso, de las pruebas aportadas se colige la necesidad de reparar el daño sufrido por los demandantes, quienes tuvieron que soportar la muerte violenta de su ser querido y su presentación a la sociedad civil como un insurgente, sin estar obligados, en la medida en que el daño se produjo a partir de una serie de acciones que no están amparadas en el ordenamiento”.

30. En sentencia que exoneró de responsabilidad al Estado por la privación de la libertad de un hombre acusado de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años e incesto, se llamó la atención de los funcionarios judiciales para que eliminen los estereotipos de discriminación de género en sus decisiones.

Síntesis del caso: *Hombre fue investigado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años e incesto. Su hija lo denunció el 9 de octubre de 2002, fecha en la que superaba la mayoría de edad. Días después, la Fiscalía se abstuvo de proferir medida de aseguramiento y ordenó su libertad. En octubre de 2003, el ente investigador realizó diligencia de ampliación de denuncia y recibió testimonios. El 14 de septiembre de 2005, profirió resolución de acusación y le impuso medida de aseguramiento. El 10 de marzo de 2008, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería decretó la prescripción de la acción penal y ordenó la libertad del sindicado.*

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Acceso carnal en menor de catorce años e incesto / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / DENUNCIA - Retraso / HECHO DE UN TERCERO - Improcedente / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA - Acreditada / DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER / PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS DECISIONES JUDICIALES - Aplicación

Problema jurídico: *¿Hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Nación – Fiscalía General de la Nación por los daños irrogados con ocasión de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Ricardo Antonio Solano Torres?*

Tesis: “[L]a providencia mediante la cual se decretó la prescripción de la acción dentro del proceso penal no estudió la conducta del sindicado ni hizo alusión a las pruebas materiales aportadas al mismo, es decir, no fue equivalente a una decisión absolutoria del delito imputado al señor Ricardo Antonio Solano Torres (...) [L]a circunstancia de que en su favor se haya decretado la prescripción de la acción penal, no le da derecho a reclamar la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Nación – Fiscalía General de la Nación cuando su actuación eminentemente dolosa fue la causante del daño cuya reparación pretende en el caso *sub examine*, por consiguiente, su conducta exclusiva enervó el plano fáctico de la imputación, aunado a que tampoco demostró la falla del servicio. En cuanto al medio exceptivo de culpa de un tercero, decretado este

por el Tribunal de primera instancia, la Sala hace un especial llamado de atención, en primer lugar, debido a que en la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por daños irrogados con ocasión de la privación injusta de la libertad, no prospera dicho medio exceptivo. Además, se itera que el *a quo* declaró probada la excepción de marras “*dado que si la hija de Solano Torres no lo hubiese denunciado, probablemente el proceso iniciado contra éste no hubiere existido*”, lo que denota una discriminación de género, a lo que se recalca que los funcionarios judiciales tienden a afianzar los estereotipos sociales discriminatorios en lugar de buscar aborrecerlos, sobre todo al estar en presencia de delitos de naturaleza sexual, con los que el administrador de justicia debe propender por proteger la integridad de la mujer”.

[Sentencia de 5 de diciembre de 2017, exp. 25001-23-31-000-2010-00025-01\(42243\) C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, acción de reparación directa.](#)

* Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque y salvamento de voto del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

31. Se condenó al Estado por la arbitrariedad con la que la Fiscalía abrió y tramitó una investigación penal contra un trabajador de ECOPETROL, a pesar que el ente acusador tenía conocimiento de su inocencia.

Síntesis del caso: *Trabajador capturado por el Ejército Nacional en las instalaciones de ECOPETROL – APIAY, recluso en establecimiento carcelario por el período comprendido entre el 14 y el 31 de diciembre de 2004, la Fiscalía General de la Nación declaró abierta la instrucción en su contra y ordenó que se escuchara en diligencia de indagatoria por el delito de hurto calificado y agravado, en concurso con el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos. La Fiscalía resolvió la situación jurídica del accionante, absteniéndose de imponerle medida de aseguramiento en consideración a que, en su condición de operador responsable del complejo petrolero, informó sobre la ocurrencia del hurto de hidrocarburos, lo que generó la captura de los implicados. Se precluyó la investigación a su favor por atipicidad de la conducta.*

DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / EXISTENCIA DE FALENCIAS PROBATORIAS / DILIGENCIA DE INDAGATORIA / DEMORA EN ORDENAR LA LIBERTAD INMEDIATA DEL SINDICADO / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Problema jurídico: *¿La existencia de falencias probatorias en el momento de ordenar la apertura de la instrucción y durante la diligencia de indagatoria, al no valorarse la denuncia del ilícito que había formulado el propio actor, configura la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad?*

Tesis: “[L]a propia manifestación de la Fiscalía General de la Nación, contenida en la providencia por medio de la cual se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento al señor Sánchez Celis, es la que ilustra la existencia de falencias probatorias en el momento de ordenar la apertura de la instrucción y durante la diligencia de indagatoria, pues no se valoró la denuncia que había formulado el superintendente de operaciones de la entidad afectada, en la que advirtió que fue el actor, en su condición de operario de ECOPETROL, responsable de la estación de producción de APIAY, quien al observar anomalías al interior del complejo petrolero dio aviso a sus superiores, los cuales a su vez alertaron al Ejército Nacional, lo que pone de presente prima facie, la injusticia y arbitrariedad con que se abrió y tramitó la investigación penal en contra del señor Sánchez Celis. (...) la entidad demandada no tenía que esperar hasta el momento de resolver la situación jurídica del actor para otorgarle la libertad, sino que ante una prueba tan evidente, como lo era la denuncia de la propia afectada, debía

valorar si las causas de su captura se mantenían y, en caso contrario, ordenar su excarcelación, sin perjuicio de que el proceso respectivo continuara y de que se impusiera al imputado otras medidas menos lesivas que aseguraran su comparencia a la investigación penal, pero como así no ocurrió en el presente caso, la Fiscalía debe responder patrimonialmente por los perjuicios causados por la privación de la libertad del actor”.

[Sentencia de 1 de febrero de 2018, exp. 50001-23-31-000-2006-00309-01\(46817\), C.P. María Adriana Marín, acción de reparación directa.](#)

* Aclaración de voto del consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera

CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO

Problema jurídico: *¿Es posible declarar la responsabilidad del Estado en virtud de la exoneración del sindicado en aplicación del in dubio pro reo y no solo cuando se origina porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía un hecho punible?*

Tesis: “[N]o comparto el criterio según el cual hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado no solo cuando la persona privada de la libertad es exonerada en el proceso penal porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, sino también cuando lo es en virtud del principio del indubio pro reo. En mi sentir, los únicos supuestos que permiten inferir objetivamente que una persona fue privada injustamente de la libertad, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, son los señalados por el derogado artículo 414 del C. de P.P., pues, en los eventos no contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de demostrar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una falla en la prestación del servicio. (...) De hecho, pueden darse múltiples ejemplos de casos en los que la exoneración de responsabilidad penal se [dé] por razones distintas a las tres que la norma en cita consagra como generadoras de responsabilidad de la administración, como cuando opera una causal eximente de antijuricidad o de culpabilidad, o cuando la detención se produce por delitos cuya acción se encuentra prescrita, o por una conducta que la legislación haya dejado de considerar delictiva, o cuando la detención se produce en un proceso promovido de oficio frente a un delito que exija querrela de parte, o cuando la medida restrictiva de la libertad se produce sin fundamento legal o razonable o ésta resulta desproporcionada en consideración al delito de que se trate, casos en que la responsabilidad que obliga a indemnizar se resuelve bajo el título de falla en la prestación del servicio y ante los cuales no se ve razón válida alguna para dar un tratamiento diferente al del indubio pro reo”.

32. Se niega nulidad incoada contra la resolución que rechazó la propuesta del proyecto de Alianza Público Privada para la construcción del corredor ferroviario Orinoco - Pacífico, por incumplir las exigencias previstas para la etapa de prefactibilidad.

Síntesis del caso: *El 16 de diciembre de 2013, la empresa Minfeper S.A.S. presentó ante la Agencia Nacional para la Infraestructura (ANI) la propuesta denominada “Megaproyecto Pacífico Orinoco” para el desarrollo del corredor Ferroviario entre Puerto Carreño (Vichada) y Tumaco (Nariño). Mediante la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014, la ANI decidió negativamente ante la propuesta hecha por la empresa privada, al considerar que no se cumplieron los requisitos de la etapa de prefactibilidad; decisión ésta que fue ratificada mediante la Resolución 307 de 3 de febrero de 2015.*

NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO POR EL CARGO DE FALSA MOTIVACIÓN - Niega / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO DEMANDADO - No se desvirtuó / PROPUESTA DE ALIANZA PÚBLICO PRIVADA APP - Corredor ferroviario / ETAPA DE PREFACTIBILIDAD - Requisitos / ETAPA DE FACTIBILIDAD - Requisitos / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

Problema jurídico 1: *¿Las decisiones adoptadas por la entidad pública demandada adolecen de falsa motivación por haber valorado el proyecto de iniciativa privada presentado por la sociedad actora sin tener en cuenta las exigencias propias a la etapa de prefactibilidad, sino a aquellas que corresponden a la de factibilidad?*

Tesis 1: “De las pruebas aportadas, recaudadas y practicadas se tiene que la entidad demandada en los actos administrativos demandados, esto es, en las Resoluciones 1490 de 29 de octubre de 2014 y en la que resuelve el recurso de reposición, Resolución 307 de 03 de febrero de 2015 no incurrió en falsa motivación, ya que es peregrino el argumento de la accionante según la cual la primera de las decisiones debió fundarse en las informaciones de prensa difundidas por la entidad demandada, lo que es contrario al objeto mismo del acto que es el de evaluar la propuesta de iniciativa privada presentada por la accionante como originador bajo el esquema de APP, con base en la información, documentación y exigencias que este haya logrado para elaborar su proyecto y que pretende someter a la valoración de la entidad pública demandada (...). Por lo tanto, no puede la accionante pretender que la accionada (...) se aparte del cumplimiento de las facultades y funciones que le fueron atribuidas por los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012, puesto que en esencia una propuesta de iniciativa privada presentada por un originador particular le exige a este como mínimo describir el proyecto, su alcance, la información relevante para su estructuración y su relación con las políticas sectoriales de la entidad pública que lo hacen de interés público de manera concreta y no en abstracto, ni a partir de la información que tenga o maneje la administración pública que no es en estricto sentido el originador del proyecto (...). Con fundamento en los razonamientos y motivación anterior la Sala encuentra que no puede prosperar el cargo de nulidad por falsa motivación formulado (...) al encontrar que no se ha desvirtuado el principio de legalidad en el que la mismas se sustentan y que sigue surtiendo efectos (...).”

PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APP - Alcance

Problema jurídico 2: *¿Es procedente la aplicación del principio de planeación en las asociaciones público privadas APP y cuál es su alcance?*

Tesis 2: “Al esquema de APP le es aplicable el principio de planeación tal como ha sido afirmado en el régimen de contratación estatal en Colombia. Para poder determinar cómo opera en este esquema se precisa delimitar el alcance del principio de planeación (...) [así, éste] guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, procurando incorporar en el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación” (...). La “ausencia de la planeación ataca la esencia misma del interés general, (...). En “esta perspectiva, la planeación, y en este sentido la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudas [sic] un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. (...) En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado”. (...) [De esta manera y] examinados los instrumentos normativos del principio de planeación se puede deducir que el legislador indica con claridad a los responsables de la contratación estatal [administraciones y funcionarios públicos, así como sujetos privados interesados en participar] ciertas reglas, estándares y criterios que deben

observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual, como expresión de la planeación”.

[Sentencia de 29 de enero de 2018, exp. 11001-03-26-000-2016-00101-00\(57421\), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

*Aclaró voto el consejero Guillermo Sánchez Luque

PROPUESTA DE ALIANZA PÚBLICO PRIVADA APP - Parámetros de la negociación / ETAPA DE PREFACTIBILIDAD - Requisitos / ETAPA DE FACTIBILIDAD - Requisitos / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN

Problema jurídico: *¿La exigencia de descripción del proyecto impuesta a un particular en una propuesta de alianza público privada en la etapa de prefactibilidad corresponde a los presupuestos del principio de planeación o a las reglas del derecho común de los contratos?*

Tesis: “El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 impone la obligación, al particular que presenta una propuesta de asociación público privada en la etapa de prefactibilidad, de hacer una descripción completa del proyecto que incluya el diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, su alcance, estudios de demanda, su costo estimado y la fuente de financiación. Si bien, conforme a esta norma el particular tiene el deber de formular una propuesta que evidencie una efectiva racionalización y organización las actividades por realizar, que permita concluir la viabilidad del proyecto, ello no implica una infracción al principio de planeación, que según la jurisprudencia, se infiere de distintas disposiciones normativas (...). A mi juicio, el fundamento de dicha exigencia está en las reglas del derecho común de los contratos, aplicables al régimen contractual público (...), relativas a las cargas negociables, los deberes de diligencia y cuidado y la buena fe objetiva (...) con el fin de evitar posteriores reclamaciones derivadas de una indebida estructuración del proyecto”.

33. Se declara la nulidad del acto administrativo expedido con extralimitación de la facultad excepcional que posee la entidad contratante al dar por terminado unilateralmente un contrato de prestación de servicios que ya había cumplido su plazo de ejecución.

Síntesis del caso: *La demandante suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), el cual fue terminado y liquidado unilateralmente por la entidad con posterioridad a la terminación de la ejecución del mismo.*

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / EJERCICIO DE FACULTADES EXCEPCIONALES - Requisitos / EXTRALIMITACIÓN DE FACULTADES EXCEPCIONALES / LÍMITE TEMPORAL PARA LIQUIDAR EL CONTRATO / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE TERMINÓ Y LIQUIDÓ UNILATERALMENTE UN CONTRATO

Problema jurídico: *¿Procede la nulidad del acto administrativo que da por terminado unilateralmente un contrato, con posterioridad al vencimiento del plazo de su ejecución, en ejercicio de la facultad excepcional que posee la contratante?*

Tesis: “[P]ara el ejercicio de los poderes exorbitantes constituye un requisito legal el hecho de que el contrato no haya expirado, puesto que, de lo contrario –si ya expiró–, la facultad excepcional de que se trate no lograría satisfacer su finalidad; en otros

términos, existe un plazo dentro del cual se puede hacer uso de las facultades excepcionales que llevan a la terminación del contrato por parte del organismo o entidad contratante y éste se encuentra determinado, precisamente, por el plazo de vigencia o ejecución del mismo. (...) los organismos y entidades estatales no deben esperar a que venza el plazo de ejecución del contrato para comprobar si se configuró alguna de las causales previstas para que lo de por terminado; todo lo contrario, las normas que consagran esa facultad exigen –como se vio– que el plazo no haya expirado, pues, de ser así, resultaría inane la figura por la sencilla razón de que no se puede declarar terminado algo que ya alcanzó su fin. (...) la entidad demandada se extralimitó en el ejercicio de sus poderes, pues (...) fenecido el plazo de ejecución contractual se extingue el contrato mismo. (...) la Resolución (...) por medio de la cual se terminó y liquidó unilateralmente el contrato (...) adolece de nulidad”.

[Sentencia de 10 de noviembre de 2017, exp. 68001-23-31-000-2003-01342-01\(39536\), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, acción de controversias contractuales.](#)

34. Se concede solicitud de suspensión del cumplimiento de laudo arbitral por cumplir los requisitos consagrados en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

Síntesis del caso: La parte convocada en un proceso arbitral interpuso recurso de anulación del laudo y solicitó la suspensión del cumplimiento del mismo. Su contraparte se opuso argumentando la ausencia de sustentación de la solicitud.

SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAUDO ARBITRAL - Procedibilidad / SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAUDO ARBITRAL - No requiere sustentación / INTERPRETACIÓN GRAMATICAL DE LA NORMA

Problema jurídico: *¿Es procedente la exigencia de sustentación en la solicitud de suspensión del cumplimiento de laudo arbitral bajo los presupuestos del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional?*

Tesis: “El inciso tercero del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012 dispone que la interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada lo solicite. El artículo 27 del Código Civil establece que cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. De ahí que si la ley no impuso la carga de sustentar la petición de la suspensión del laudo arbitral, no puede el intérprete exigir una “carga argumentativa” que fue no prevista expresamente por el legislador. (...) consultada la historia fidedigna del establecimiento del precepto, se tiene que la voluntad del legislador fue flexibilizar las exigencias previstas para la suspensión de los efectos del laudo en favor del patrimonio público y que imponer, vía decisión judicial, una carga de sustentación no resulta coherente con los fines que el nuevo estatuto de arbitraje previó para esta figura. (...) Aunque en algunas decisiones, la Sala ha sostenido que la entidad pública que pide la suspensión del cumplimiento del laudo arbitral debe sustentarla, esta afirmación constituye obiter dictum, es decir, va más allá de las razones estrictamente necesarias para decidir una controversia, pues las decisiones versaron sobre la procedencia de la anulación del laudo. (...) Como el recurso de anulación reúne los requisitos previstos por el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, se admitirá”.

[Auto de 23 de enero de 2018, exp. 11001-03-26-000-2017-00058-00\(59216\), C.P. Guillermo Sánchez Luque, recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral.](#)

Nota de Relatoría: En este mismo sentido se puede consultar el auto de 13 de marzo de 2017, exp. 11001-03-26-000-2016-00120-00(57593), C.P. Guillermo Sánchez Luque .

IX. SECCIÓN CUARTA

35. No procede el beneficio de auditoría respecto de las declaraciones de renta que la administración tuvo por no presentadas mediante auto declarativo que goza de la presunción de legalidad.

Síntesis del caso: *En la fecha límite para declarar renta por el año 2007 (24 de abril de 2008), un contribuyente obligado a presentar su denuncia en forma virtual, lo presentó litográficamente, declaración que se tuvo por no presentada mediante auto declarativo cuya legalidad no se demandó. Antes de que dicha declaración se tuviera por no presentada, la administración accedió a la solicitud de devolución del saldo a favor en ella liquidado. El 28 de abril y el 24 de noviembre de 2008, la contribuyente presentó declaraciones virtuales por el mismo tributo y año gravable en las que, en su orden, liquidó un saldo a favor mayor al registrado en la declaración litográfica, que luego redujo. La DIAN, previo requerimiento especial, profirió liquidación oficial de revisión respecto de la última declaración virtual, para desconocer, entre otros, gastos operacionales de venta por un contrato que, según la actora, correspondía a un negocio de cuentas en participación, así como erogaciones por otros conceptos, por no cumplir los requisitos del artículo 107 del E.T., acto que fue demandado junto con el que lo confirmó en reconsideración.*

DECLARACIÓN TRIBUTARIA PRESENTADA POR MEDIO DIFERENTE AL QUE EL CONTRIBUYENTE ESTABA OBLIGADO - Efectos / BENEFICIO DE AUDITORÍA DE DECLARACIÓN QUE SE TUVO POR NO PRESENTADA MEDIANTE AUTO DECLARATIVO NO DEMANDADO - Improcedencia

Problema jurídico 1: *¿Procede el beneficio de auditoría respecto de una declaración que la administración tuvo por no presentada, mediante auto declarativo que goza de la presunción de legalidad?*

Tesis 1: "Si el contribuyente está obligado a presentar su declaración de forma virtual y lo hace por otro medio, como ocurrió en este caso, que lo hizo por medio litográfico, (...) esa declaración se tiene por no presentada. Así lo dispone el artículo 579-2 del ET, modificado por el artículo 38 de la Ley 633 de 2000; por lo tanto, el contribuyente no se podía acoger al beneficio de auditoría. (...) 2.5 El anterior auto declarativo se notificó por correo, sin que conste o se alegue que contra el mismo se agotó la vía gubernativa (contra este acto procedía el recurso de reposición y en subsidio apelación), como tampoco que se haya demandado su nulidad, menos aún, que se encuentre suspendido; por lo tanto, conforme con lo previsto en el artículo 66 del CCA, norma aplicable al caso concreto, su observancia resulta obligatoria, en este caso, por presumirse su legalidad. 2.6 En este orden de ideas, no se puede predicar la firmeza de una declaración que (i) no se presentó en debida forma y (ii) que se tuvo por no presentada por la DIAN, mediante acto administrativo que goza de presunción de legalidad".

APARIENCIA DE FORMALIDADES DE LOS ACTOS O CONTRATOS DE LOS CONTRIBUYENTES - Carencia de fuerza vinculante para la administración / PRUEBA DE COSTOS Y DEDUCCIONES / PRUEBA DE REALIDAD CONTRACTUAL - Inversión de la carga

Problema jurídico 2: *¿Es forzoso para la administración de impuestos aceptar, incondicionalmente, la apariencia de los contratos suscritos por los contribuyentes, cuando de las pruebas surge que, en realidad, el acuerdo celebrado corresponde a un negocio jurídico diferente?*

Tesis 2: “[L]a Sala reitera que no es forzoso para la Administración aceptar de manera incondicional la apariencia de los contratos suscritos por los contribuyentes, cuando de las pruebas aportadas en el trámite administrativo surge que en realidad, el acuerdo de las partes corresponde a un contrato diferente al señalado por el contribuyente. Así las cosas, se concluye que si la Administración, en el proceso de fiscalización, encuentra serios elementos de juicio que le permiten inferir que un contrato, que en apariencia corresponde al de colaboración empresarial, en realidad, concierne a uno de prestación de servicios, se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole al contribuyente probar la realidad contractual. En el caso sub examine la parte actora no logró desvirtuar los argumentos expuestos por la Administración para rechazar la erogación en discusión, correspondiéndole la carga de la prueba; por ende, al no presentarse la factura que soporta la erogación reclamada por el contribuyente, procedía el rechazo (...).”

[Sentencia de 2 de agosto de 2017, exp. 17001-2331-000-2012-00198-01 \(20701\), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García

PRUEBA IDÓNEA DE COSTOS Y DEDUCCIONES - Alcance / FACULTAD COMPROBATORIA DE REALIDAD DE LAS TRANSACCIONES EN MATERIA TRIBUTARIA - No limitación

Problema jurídico: *¿El artículo 771-2 del Estatuto Tributario impide acreditar la realidad de las transacciones con pruebas diferentes a la factura?*

Tesis: “Considero que en la providencias se debió precisar que aunque de acuerdo con el artículo 771-2 del Estatuto Tributario, la factura es la prueba documental idónea para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto sobre la renta e impuestos descontables en el impuesto a las ventas, lo anterior, no impide que se pueda acreditar la realidad de la transacción con otros medios de prueba. En esta medida, debe entenderse que el artículo 771-2 del Estatuto Tributario no limita la facultad comprobatoria”.

36. El incumplimiento de los municipios del deber de informar un número de cuenta bancaria para recibir la participación en el impuesto de vehículos, recaudado y distribuido por las entidades financieras, no les genera la pérdida del derecho a la participación.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los actos administrativos por los cuales el Municipio de Ibagué determinó los valores que le adeudaba el Departamento de Cundinamarca, por concepto de la participación que le corresponde en el impuesto sobre vehículos automotores de los periodos gravables 1999 a 2004.*

PARTICIPACIÓN MUNICIPAL EN EL IMPUESTO SOBRE VEHICULOS AUTOMOTORES - Irregularidades / DEBER DEL MUNICIPIO DE INFORMAR LA CUENTA CORRIENTE PARA RECIBIR LA PARTICIPACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE VEHICULOS - Efectos del incumplimiento

Problema jurídico: *¿Se ajustan a derecho los actos administrativos que ordenaron al departamento de Cundinamarca pagar a favor del municipio de Ibagué la participación en el impuesto sobre vehículos automotores de los años gravables 1999 a 2004?*

Tesis: “Las constancias procesales relacionadas revelan, que la suma adeudada corresponde a recursos que fueron rechazados por los bancos de destino y redirigidos a

una cuenta del Departamento de Cundinamarca, debido a que las cuentas a las cuales fueron consignados, presentaban irregularidades, y no se suministró nueva información para efectuar los giros. Tal circunstancia-la existencia de irregularidades en las cuentas. Sin embargo, no desvirtúa la existencia del derecho que le asiste al Municipio a recibir la participación que **por orden legal**, tiene en el impuesto sobre vehículos automotores recaudado por el Departamento de Cundinamarca. En efecto, el incumplimiento del deber de informar un número de cuenta no genera la pérdida del derecho a la participación sobre el gravamen, pues la norma no estableció esa consecuencia jurídica a dicha omisión. En síntesis, la Sala considera que el derecho a recibir un porcentaje de los ingresos generados por el impuesto es de carácter legal y en esa medida, a pesar de las irregularidades que se presentaron en relación con las cuentas bancarias, el Municipio de Ibagué estaba legitimado para exigir el pago de la suma que a la fecha de expedición de los actos acusados no había sido pagada”.

[Sentencia de 19 de octubre de 2017, exp. 73001-2331-000-2008-00252-01 \(18947\), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

37. Para imponer sanciones en materia tributaria, se deben valorar las circunstancias de hecho y de derecho que rodearon la omisión del contribuyente.

Síntesis del caso: *Se determinó la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN sancionó a un contribuyente por no presentar la declaración electrónica de retención en la fuente del cuarto periodo de 2003, pese a la existencia de fallas en el Sistema de Declaración y Pagos Electrónicos de la entidad que impidieron el cumplimiento de dicha obligación, y a que se efectuó el pago de las retenciones en la fecha legalmente prevista para el efecto.*

RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO TRIBUTARIO / SANCIÓN TRIBUTARIA - Principio de culpabilidad / SANCIÓN POR NO PRESENTAR DECLARACIÓN ELECTRÓNICA DE RETENCIÓN EN LA FUENTE - Ilegalidad

Problema jurídico: *¿Se demostró que la demandante hizo todo lo que razonable y jurídicamente le correspondía para presentar por medio electrónico la declaración de retención en la fuente del cuarto periodo de 2003 y que no se le generó daño al Estado, pues pagó las retenciones el día que correspondía?*

Tesis: “Si bien es cierto que el deber de pagar lo retenido es distinto del presentar las declaraciones de retención en la fuente, es un hecho probado que la contribuyente mostró la diligencia necesaria para cumplir con el deber de presentar la declaración electrónica en los plazos establecidos por la Administración y para pagar los valores retenidos en la fuente. Como se precisó inicialmente, para imponer sanciones en materia tributaria deben valorarse las circunstancias de hecho y de derecho que rodearon la omisión del contribuyente. Aunque según la Corte Constitucional (Sentencia C-160 de 1998), en principio es dable inferir que actúa de manera negligente quien omite el deber de declarar, se deben analizar los hechos del caso a efectos de establecer si dicha omisión ocurrió porque la operación se hizo deliberadamente o por culpa. El principio de culpabilidad, en estos casos, supone analizar las razones expuestas por la recurrente como justificadoras del incumplimiento de sus obligaciones tributarias. En el caso concreto existen pruebas que dan cuenta de que la parte actora hizo actos tendientes a cumplir, conforme a la ley, la obligación tributaria, y que acudió a la propia DIAN para que le ayudara a cumplir la obligación que, finalmente fue satisfecha, en lo sustancial, mediante el pago de las retenciones causadas en el cuarto período del año 2003. Aunque es un hecho cierto que la obligación formal de declarar no se cumplió; para la Sala, no hay pruebas que permitan imputar ese hecho a la parte

actora, ni pruebas que le permitan inferir que la demandante actuó de manera temeraria con la intención dolosa o culposa de causar un daño al erario. Por las razones anteriores, la Sala considera que debe darse prosperidad al recurso de apelación interpuesto por la demandante y declararse que, en esta oportunidad, conforme a las circunstancias especiales del caso, la contribuyente no está obligada a pagar la sanción impuesta en los actos administrativos demandados”.

[Sentencia de 25 de octubre de 2017, exp. 05001-2331-000-2006-03646-01 \(20849\), C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

38. Se reitera que la base para liquidar los aportes parafiscales por concepto de vacaciones de trabajadores con salario integral es el 70% y no el 100%.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales el SENA liquidó los aportes parafiscales a cargo de CODENSA S.A. sobre el 100% del valor de las vacaciones de los trabajadores que pactaron salario integral.*

BASE DE LIQUIDACIÓN DE APORTES PARAFISCALES – Vacaciones en salario integral

Problema jurídico: *¿La base de los aportes parafiscales respecto de los trabajadores con salario integral corresponde al 100% o al 70% del valor de las vacaciones del trabajador?*

Tesis: “[E]n el caso de los trabajadores que devengan salario integral, la base para calcular los aportes parafiscales es el 70% del correspondiente pago, porque así lo dispuso el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que fue interpretada con autoridad mediante el artículo 49 de la Ley 789 de 2002, sin que el legislador haya hecho distinción entre los tipos de pagos que recibe el trabajador contratado bajo la modalidad de salario integral. 5.10 De manera que, atendiendo el aforismo jurídico “*donde la ley no distingue, no puede distinguirse*”, se establece que el límite del 70% aplica para todos los pagos que recibe el trabajador que devenga un salario integral, que conforman la base para el cálculo de los aportes parafiscales en los términos del artículo 17 de la Ley 21 de 1982 [nómina mensual de salarios]. (...) De esta manera, acorde con la jurisprudencia de esta Corporación, no le asiste la razón a la entidad demandada de pretender liquidar a la demandante los aportes parafiscales sobre el 100% del valor de las vacaciones de trabajadores que pactaron salario integral. Lo anterior, por cuanto como bien lo ha precisado esta Sección, no existe disposición legal en virtud de la cual se deba aplicar una base de aportes diferente al 70% de las vacaciones, respecto de trabajadores con salario integral”.

[Sentencia de 13 de diciembre de 2017, exp. 25000-2337-000-2012-00161-01 \(20527\), C.P. Milton Chaves García, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

39. Se precisa que, si bien en materia sancionatoria tributaria, el Estatuto Tributario se refiere a la prescripción de la facultad para imponer sanciones, técnicamente debe aludirse a la caducidad, por lo que, de ahora en adelante, la Sala utilizará esta expresión en sus decisiones.

Síntesis del caso: *Se analizó la legalidad de los actos administrativos por los cuales la DIAN le impuso al demandante sanción por no enviar la información en medio magnético correspondiente al año gravable 2007. Entre otros argumentos para oponerse a la sanción, el demandante alegó que la facultad de la administración para imponerla había prescrito.*

PRECISIÓN JURISPRUDENCIAL / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA TRIBUTARIA - Alcance / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA FACULTAD PARA IMPONER SANCIONES TRIBUTARIAS EN RESOLUCIÓN INDEPENDIENTE - Contabilización

Problema jurídico: *¿Caducó la oportunidad para imponer la sanción por no enviar información en medios magnéticos, porque el pliego de cargos no se expidió dentro del término de dos años previsto en el artículo 638 del Estatuto Tributario?*

Tesis: “[L]a Sala precisa que si bien la norma del Estatuto Tributario se refiere a la “prescripción” de la facultad para imponer sanciones, técnicamente debe aludirse a la “caducidad”, en tanto se refiere a un término preclusivo de carácter sustancial que tiene la administración tributaria para ejercer la potestad sancionatoria, so pena de que ésta se extinga. Lo anterior, en armonía, entre otros, con el artículo 52 del CPACA, que regula, en general, la caducidad de la facultad sancionatoria en sede administrativa. En consecuencia, en adelante se aludirá a la caducidad de la facultad sancionatoria. Así, de acuerdo con la norma citada, cuando las sanciones son impuestas mediante resolución independiente, como en el presente caso, la DIAN previamente debe formular pliego de cargos, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se presentó o debió presentarse la declaración de renta y complementarios o de ingresos y patrimonio, del período durante el cual ocurrió la irregularidad sancionable o cesó la irregularidad, para el caso de las infracciones continuadas. En torno a la materia, la Sala ha reiterado el criterio jurisprudencial fijado de tiempo atrás sobre la forma en que se contabiliza el término de caducidad de la facultad sancionatoria, teniendo en cuenta que, como ocurre en el caso, «el término comienza a correr desde la presentación de la declaración del año en el que se incurrió en el hecho irregular sancionable, como sucede, por ejemplo, con la omisión de suministrar información exógena en el plazo establecido». Como en este caso la irregularidad sancionable se concretó el 17 de abril de 2008, fecha en la cual el contribuyente debió entregar la información, los dos años que tenía la Administración para formular el pliego de cargos se cuentan desde la presentación de la declaración de renta del año gravable 2008, plazo que de conformidad con el artículo 15 del Decreto 4680 de 2008, venció el 5 de agosto de 2009. En consecuencia, la Administración podía expedir y notificar el pliego de cargos hasta el 5 de agosto de 2011, por lo cual, el pliego de cargos expedido el 14 de octubre de 2010, y notificado el 21 de octubre del mismo año, es oportuno”.

[Sentencia de 8 de febrero de 2018, exp. 08001-2331-000-2012-00516-01 \(22060\), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, acción de nulidad y restablecimiento del derecho.](#)

X. SECCIÓN QUINTA

40. Se declara la nulidad de la elección del director de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER) por expedición irregular del acto generada en el procedimiento adelantado por el consejo directivo.

Síntesis del caso: *Durante la sesión en la que resultó elegido el director general de CARDER se afectó el quórum deliberatorio al permitirse la participación de dos de los miembros del consejo directivo que habían sido recusados sin que antes se hubiera resuelto si debían apartarse o no del caso. Además, se busca determinar si uno de los suplentes votó sin que estuviera habilitado para hacerlo pues la ausencia del titular a quien aquel sustituyó en la sesión en la que fue elegido el director debía enmarcarse en las causales previstas como falta temporal o absoluta de acuerdo con la Resolución que regula la convocatoria para la elección de los representantes y los suplentes.*

EXPEDICIÓN IRREGULAR / ELECCIÓN DE DIRECTOR GENERAL DE CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / RECUSACIÓN DE MIEMBRO DE CONSEJO DIRECTIVO / PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS SUPLENTE DE REPRESENTANTES DEL SECTOR PRIVADO EN EL CONSEJO DIRECTIVO

Problema jurídico: *¿Es nulo por expedición irregular el acto proferido por el consejo directivo de una Corporación Autónoma Regional cuando en la sesión dos miembros recusados votaron aun cuando su participación en el caso no se había resuelto?*

Tesis: “Es evidente que la sesión del 6 de diciembre de 2016, se llevó a cabo sin atención alguna al escrito de recusación presentado el día anterior, irregularidad admitida a lo largo del proceso y sobre la cual la parte pasiva no efectuó reproche válido alguno. Adicional a lo anterior, se evidencia que, inclusive, el Director General de CARDER se vio abocado a ordenar que se iniciaran las investigaciones disciplinarias y penales del caso, pues a todas luces, lo que correspondía en principio era impartir el trámite de rigor a la recusación presentada, previo a la realización de cualquier otro trámite diferente pues, se insiste, por virtud de la ley la presentación de la recusación suspende el trámite administrativo hasta su definición de fondo. De cara a lo señalado, se torna forzoso concluir que existe una irregularidad en el trámite electoral, según la cual el consejo directivo no podía dar lugar a la elección demandada, pues la actuación administrativa debía suspenderse y, por ende, en tanto no se definiera la recusación no había posibilidad de reiniciar el trámite (...) En consecuencia de todo lo anterior, la Sala encuentra que el cargo bajo análisis resulta plenamente fundado, pues ante la presentación de la recusación del 5 de diciembre de 2016 no podía darse lugar a efecto diferente que el de suspender el trámite para la decisión de las recusaciones, situación que se ve agravada, si se tiene en cuenta que la elección se dio con el voto efectivo de dos miembros recusados y un tercero que no tenía competencia, vicios que además, hacen necesario que se dé lugar a un nuevo proceso electoral en el que se garantice el debido proceso, así como la imparcialidad e independencia, atendiendo plenamente las formas propias del proceso, incluidas la atención y trámite de los escritos de recusación que puedan presentarse (...) De conformidad con los cargos propuestos en la demanda, se tiene que existe mérito para declarar la nulidad del acto de elección del señor Jairo Leandro Jaramillo Rivera, en la medida que ante la presentación de la recusación del 5 de diciembre de 2016 no podía darse lugar a efecto diferente que a la suspensión del trámite electoral, de conformidad con los parámetros normativos del artículo 12 de la ley 1437 de 2011, situación que se ve agravada, si se tiene en cuenta que la elección se dio con el voto efectivo de dos miembros recusados”.

[Sentencia de 1 de febrero de 2018, exp. 11001-03-28-000-2016-00083-00, C.P. Rocío Araújo Oñate, medio de control de nulidad electoral.](#)

*Salvó su voto el consejero Alberto Yepes Barreiro

RECUSACIÓN DE MIEMBRO DE CONSEJO DIRECTIVO / PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS SUPLENTE DE REPRESENTANTES DEL SECTOR PRIVADO EN EL CONSEJO DIRECTIVO – Por ausencia forzada e involuntaria

Problema jurídico: *¿Si se presentan irregularidades en el trámite de las recusaciones a miembros del consejo directivo ello implica que las mismas tengan incidencia en el resultado de la elección y deba anularse el acto?*

Tesis: “Contrariamente a lo sostenido en la sentencia, considero que la justificación alegada por el señor Siagama Gutiérrez, representante principal de las comunidades indígenas o etnias ante el Consejo Directivo de CARDER, para

ausentarse de las sesiones realizadas el 2 y 6 de diciembre de 2016, se enmarca en la causal prevista en el literal b) del artículo 8º de la Resolución 128 de 2000, consistente en la ausencia forzada e involuntaria. En efecto, dado que el señor Siagama Gutiérrez fue recusado, forzosamente dicha persona no podía participar en las sesiones en las cuales fue resuelta su recusación, en virtud a lo dispuesto en el artículo 12 del C.P.A.C.A. Por tal motivo, la justificación alegada por dicha persona para ausentarse en las sesiones del 2 y 6 de diciembre de 2016 del Consejo Directivo obedeció a una situación forzosa y ajena a la voluntad del mencionado representante principal, de conformidad con la causal consagrada en el literal b) del artículo 8º de la Resolución 128 de 2000. Así las cosas, considero que este cargo no podía prosperar y, por lo tanto, se hacía necesario abordar de fondo aquél según el cual el señor Nacavera no podía participar en las sesiones en las cuales fueron resueltas las recusaciones debido a que estaba inhabilitado para ejercer funciones públicas, en virtud de una sanción disciplinaria (...) En conclusión, de conformidad con lo expuesto, considero que en el presente caso no se debía anular la elección del demandado como Director General de CARDER debido a que el señor Nacavera estaba habilitado para actuar en las sesiones del Consejo Directivo llevadas a cabo el 2 y 6 de diciembre de 2016, y las irregularidades en el trámite de las recusaciones presentadas por los señores Salazar y Arias no tuvieron incidencia alguna en el resultado de la elección”.

41. Se declara la nulidad de la elección de los senadores de la República por el Partido Liberal, Opción Ciudadana y Centro Democrático y se declara la elección de los tres primeros candidatos inscritos en la lista del Movimiento MIRA.

Síntesis del caso: *En el estudio de dos demandas de nulidad de la elección de los senadores de la República elegidos para el período 2014 – 2018, se determina si los ciudadanos que ocuparon los primeros tres lugares de la lista inscrita por el Movimiento Mira deberán recibir la credencial que los acredite como tal. Se alega la impropiedad de los sistemas informáticos con los que cuenta la organización electoral. El estudio del expediente implicó la revisión de más de 370.000 formularios y actas de escrutinio. Adicionalmente, se tienen problemas en la conservación y custodia de documentos electorales por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil y en el software de escrutinios así como en la adecuada utilización y mantenimiento de los equipos.*

DIFERENCIAS INJUSTIFICADAS ENTRE LOS FORMULARIOS E-14 Y E-24 / VALOR PROBATORIO DE DOCUMENTOS ELECTORALES / CUSTODIA Y CONSERVACION DE FORMULARIOS ELECTORALES / ELECCIÓN DE SENADOR / VOTO NULO – No opera por el fenómeno de la mancha espejo o transferencia de tinta / SOFTWARE DE ESCRUTINIOS / INCIDENCIA EN EL RESULTADO ELECTORAL / VOLUNTAD DEL ELECTOR

Problema jurídico: *¿Las inconsistencias presentadas entre las actas de escrutinio de los jurados de votación o formulario E-14 y los formularios E-24 por el fenómeno de “la mancha espejo” pueden afectar la veracidad del acto administrativo que declaró la elección de los Senadores de la República para la Circunscripción Nacional, período 2014-2018?*

Tesis: “Para el análisis que convoca a esta Sección de asuntos electorales, se confrontará el número de la votación registrada en el formulario E-14 y en el E-24 para los partidos y candidatos de las mesas señaladas en la fijación del litigio –que tuvo lugar en la audiencia inicial el día 24 de abril de 2015– con los documentos y bases de datos

que integran el plenario. Así, siguiendo con la lógica y el mérito que se atribuyó a dichos documentos en líneas previas del presente proveído, la Sala atenderá las siguientes reglas para clasificar las mesas acusadas, según la prosperidad del cargo por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 (...) Luego de efectuadas las anteriores precisiones, esta Sala Electoral procede a realizar el análisis de las mesas demandadas, tal y como sigue, no sin antes advertir que este se practica sobre 2.933 mesas de votación que corresponden a 6.499 registros por cargos o irregularidades censuradas ; el número de registros es superior al número de mesas debido a que en algunas ocasiones se censura la misma mesa pero con diferente partido y candidato (...) Esta Sala de asuntos electorales considera necesario este análisis para estimar el porcentaje de votos nulos que posiblemente corresponderían a votos válidos por la lista del MOVIMIENTO MIRA de no haberse presentado el pluricitado fenómeno de “la mancha espejo”, es decir, el traspaso de tinta sobre las tarjetas electorales que encontró acreditado el Consejo Superior de la Judicatura en sede de tutela, del cual se adujo que tenía relación directa con la diferencia del 10% o más en la votación entre corporaciones de Cámara y Senado para el MOVIMIENTO MIRA, según el informe presentado por el actor en la solicitud de amparo, que fue tenido en cuenta por dicha autoridad judicial en los términos de prueba anticipada, para decidir la solicitud de amparo (...) la Sala encuentra que para determinar la afectación en cada uno de los cargos y subcargos del proceso de la referencia, se hará de la siguiente forma: de manera particular respecto de los cargos A y E; de manera excluyente el subcargo C1, mientras que para los restantes en que se demostró irregularidad, esto es, los subcargos B1, B3 y D1, aunque en principio procedería la exclusión de la mesa completa, esta Sala de asuntos electorales considera que debido a las particularidades del proceso en cuestión, ya especificadas en líneas previas, y solamente para la decisión que se tome en este fallo, no hay lugar a que se afecte la votación de esa forma pues, como se explicará, resultaría más gravoso para la democracia del país. Lo anterior, teniendo en cuenta que para estos últimos, las irregularidades advertidas en sede de tutela por el Consejo Superior de la Judicatura, lo fueron únicamente entre la votación obtenida por el MOVIMIENTO POLÍTICO MIRA y los votos registrados como nulos, debido a que la tinta de los bolígrafos utilizados por los votantes y que fueron suministrados por la RNEC produjeron la “doble marcación”, pues la tinta de la casilla de votación del referido Movimiento, traspasaba a la casilla de los votos en blanco y, en consecuencia, algunos votos que en derecho le corresponderían al MOVIMIENTO POLÍTICO MIRA, fueron contabilizados como nulos. De lo expuesto, la Sala advierte que debe primar la voluntad del elector, y que por lo tanto, no es viable afectar la votación de los demás partidos y candidatos, toda vez que se trata de una situación sui generis que debe ser tratada de forma especial a efectos de garantizar que el resultado represente, en todo caso, la voluntad del electorado. En ese sentido, como se viene anunciando, es pertinente aplicar una fórmula diferente en esta providencia para establecer la incidencia en la que pueda distribuirse, de manera proporcional, la variación de la votación, sin que la solución resulte más gravosa y, en todo caso, sin dejar pasar por alto las irregularidades advertidas en el desarrollo del presente proceso de nulidad electoral. En ese orden de ideas, dada la especial situación que se presentó con ocasión de la denominada “mancha espejo” deben ajustarse las irregularidades entre la votación registrada como nula y la obtenida por el MOVIMIENTO POLÍTICO MIRA, pues, mal haría la Sala en afectar la votación de otros partidos y candidatos cuando se conoce que la irregularidad fue ocasionada por el efecto de la tinta de marcación que no era de secado rápido y que se trasladó de la casilla de los votos del MIRA a la de los votos nulos; o en dejar pasar por alto las irregularidades por no tener acceso a los votos físicos. Es por esta razón que en aras de dar prevalencia a la eficacia del voto, frente a los cargos B1, B3 y D1, se calculará la afectación de la forma previamente descrita. Así las cosas a partir del resultado final, la Sala encuentra que las irregularidades que prosperaron sí tienen la suficiente incidencia para cambiar el resultado electoral enjuiciado puesto que el MOVIMIENTO POLÍTICO MIRA lograría una votación total de 350.942 votos, cifra que supera por 861 votos el umbral, el cual

queda establecido en 350.081 votos tras la afectación, lo que le permitiría al MOVIMIENTO POLÍTICO MIRA ser tenido en cuenta para la asignación de curules”.

[Sentencia de 8 de febrero de 2018, exp. 11001-03-28-00-2014-00117-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, medio de control de nulidad electoral.](#)

42. Las plenarias de los concejos municipales no pueden establecer límite temporal para que la mesa directiva suscriba el acto por medio del cual convocan a concurso de méritos para personero.

Síntesis del caso: *El Concejo de Floridablanca estableció que la convocatoria a concurso de personero debía hacerse dentro de los 5 días siguientes a la sanción y publicación de la autorización. La mesa directiva de la Corporación convocó a concurso cuando ya se encontraba vencido el plazo. La Sala estudia si tal circunstancia afectaba la elección del señor Escamilla Moreno como personero de esa entidad territorial.*

PLAZO PARA ELECCIÓN DE PERSONERO / CONCEJO MUNICIPAL – No pueden establecer límite temporal

Problema jurídico: *¿La mesa directiva del Concejo de Floridablanca actuó por fuera del plazo que la plenaria del concejo le otorgó para emitir el acto de convocatoria al concurso de personero de esa entidad territorial?*

Tesis: “En el caso concreto, la Sala no desconoce que la plenaria del concejo de Floridablanca, en el artículo 5 del Acuerdo 012 de 2015, indicó que autorizaba a su mesa directiva para que dentro de los 5 días siguientes a la sanción y publicación de ese acto, procediera a expedir la convocatoria a concurso de personero. No obstante, como se expuso en párrafos anteriores, la posibilidad de consagrar un límite a la autorización no es un aspecto permitido en la ley, por ello, aunque la mesa directiva del concejo del municipio de Floridablanca expidió la Resolución 083 del 20 de noviembre de 2015, por fuera del término de 5 días por el cual se le concedió la autorización, lo cierto es que no puede entenderse que se configuró una expedición irregular del acto demandado, pues atendiendo el verdadero sentir del Decreto 1083 de 2015, existiendo autorización a quien le corresponde suscribir el acto de convocatoria es a la mesa directiva, aspecto que se cumplió en el municipio de Floridablanca. Entonces, si a la plenaria de los concejos solo les corresponde autorizar, mientras que a las mesas directivas les corresponde expedir el acto de convocatoria, trámites que se cumplieron en el asunto bajo examen, la conclusión es que no existió el vicio que se le atribuye al acto demandado, circunstancia que no hace necesario estudiar su incidencia en el resultado de la elección (...) la Sala reitera que la facultad de la plenaria del concejo es la de autorizar a su mesa directiva para suscribir la convocatoria, entonces, tampoco existe norma que determine que cada vez que se vaya a modificar la convocatoria, se requiere permiso de la plenaria, pues la experiencia dicta que es en el acto reglamentario del concurso de méritos donde se consagran las limitantes de modificación, sin embargo, en este proceso tal aspecto no hace parte de los cargos planteados”.

[Sentencia del 1 de febrero de 2018, exp. 68001-23-33-000-2017-00266-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, medio de control de nulidad electoral.](#)

43. Las entrevistas que se desarrollan en el marco de una convocatoria pública para elección de contralor no vician de nulidad el acto de elección aunque su valoración sea subjetiva.

Síntesis del caso: *Durante la elección del contralor del Quindío se estableció en la resolución de convocatoria que todas las pruebas responderían a criterios objetivos. Durante la fase de entrevistas se realizaron valoraciones a los candidatos. La Sección Quinta estudia la forma en que se realizó la designación para establecer si el carácter subjetivo de la entrevista genera la nulidad del acto.*

ELECCIÓN DE CONTRALOR / CONVOCATORIA PÚBLICA / CARÁCTER SUBJETIVO DE LA ENTREVISTA

Problema jurídico: *¿En la elección de contralor cuáles son los requisitos legales que deben observarse durante la fase de entrevistas?*

Tesis: “[L]a jurisprudencia ha reconocido que cuando el marco de un procedimiento electoral se realiza una entrevista, aquella tiene carácter netamente subjetivo, sin que ello constituya, per se, causal de nulidad alguna, pues esa característica hace parte de su naturaleza misma (...) el hecho de que la entrevista esté inherentemente sujeta a parámetros subjetivos no vicia de nulidad el acto acusado, pues en esta clase de escenarios de lo que se trata es que, como acertadamente concluyó el a quo y lo advirtió el Ministerio Público, esa subjetividad no se convierta en arbitrariedad, ya que en todo caso la razonabilidad será el límite de la misma. Lo anterior significa, que dado el carácter subjetivo de las entrevistas no existe un criterio bajo la fórmula de “correcto o incorrecto” que permita identificar con certeza cuando una respuesta fue acertada o no. Por supuesto, esto no implica que esta fase este permeada por criterios arbitrarios o ajenos a los postulados del ordenamiento jurídico, de lo que se trata es que en el marco de la discrecionalidad que caracteriza esa fase, los miembros de la corporación pública apliquen en la entrevista criterios razonables y acordes al cargo al cual se pretende acceder. Conforme a lo expuesto, no cabe duda que el hecho de que el presidente de la asamblea haya reconocido que la entrevista sí tuvo carácter subjetivo no deriva, como erradamente entiende el recurrente, en la “confesión” de la nulidad del acto acusado ya que, se insiste, esa es precisamente una de las características esenciales de esa fase, y su mera existencia no resta validez a la elección acusada”.

[Sentencia del 8 de febrero de 2018, exp. 63001-23-33-000-2017-00212-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro, medio de control de nulidad electoral.](#)

XI. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

44. El parentesco con un Viceministro no genera inhabilidad para aspirar a una curul en la Cámara de Representantes.

Síntesis del caso: *El Ministerio del Interior solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil pronunciarse sobre la inhabilidad que podría recaer sobre el pariente de un Viceministro, para ser elegido como Representante a la Cámara.*

INHABILIDAD POR PARENTESCO CON FUNCIONARIOS QUE EJERZAN AUTORIDAD CIVIL O POLÍTICA – Factor territorial

Problema jurídico 1: *¿Puede el pariente de un Viceministro aspirar a una curul en la Cámara de Representantes?*

Tesis 1: “Sí. Un pariente de un Viceministro puede aspirar a una curul en la Cámara de Representantes a la luz del numeral 5 y el último inciso del artículo 179 de la Constitución Política, pues en esta hipótesis no se configura el factor territorial que se requiere para que el pariente de un funcionario público incurra en esta inhabilidad, salvo que la curul fuera alguna de las existentes por circunscripción nacional especial para la Cámara de Representantes, para grupos étnicos o para los colombianos residentes en el exterior, evento en el cual se presentaría la inhabilidad”.

EJERCICIO DE AUTORIDAD CIVIL O POLÍTICA

Problema jurídico 2: *¿El cargo de Viceministro implica el ejercicio de autoridad civil o política?*

Tesis 2: “De acuerdo con las funciones señaladas en los literales a, d, e, h, i y j del artículo 62 de la Ley 489 de 1998, el cargo de Viceministro implica el ejercicio de autoridad civil o política, así no haya ejercido realmente todas o alguna de esas funciones, pues el funcionario está potencialmente en capacidad de ejercerlas”.

[Concepto 2355 de 5 de diciembre de 2017, exp. 11001-03-06-000-2017-001186-00\(2355\), C.P. Édgar González López, levantamiento de reserva legal mediante oficio de 1 de febrero de 2018.](#)

45. El incumplimiento de las obligaciones que la ley impone a los actores del Sistema de Salud puede generar una causal válida para la toma de posesión por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Síntesis del caso: *El Ministerio de Salud y Protección Social solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil pronunciarse sobre los eventos y las condiciones en los que la Superintendencia Nacional de Salud puede adoptar la medida administrativa de toma de posesión, para administrar o liquidar un agente del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

MEDIDA DE TOMA DE POSESIÓN POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - Procedencia

Problema jurídico 1: *¿Cualquier incumplimiento en las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión?*

Tesis 1: “i) De conformidad con las causales que permiten adoptar discrecionalmente la medida de toma de posesión. Cualquier incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, no genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión. Siempre que se verifique una de las causales previstas en el numeral 1 del art. 114 del EOSF, especialmente la relativa a la violación reiterada de las obligaciones que la ley o el reglamento le impone a las entidades vigiladas por la SNS, la decisión de adoptar la medida de toma de posesión es discrecional de esta entidad de vigilancia y control. En todo caso, la decisión de la SNS deberá ser adoptada previa comprobación de los hechos que configuran la causal de toma de posesión y de un análisis de la necesidad y

proporcionalidad de la medida, siempre guiada por el objetivo de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud y proteger la confianza pública en el SGSSS. *ii) De conformidad con las causales que hacen obligatoria la adopción de la medida de toma de posesión.* El incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión, siempre que con ese incumplimiento se configure alguna de las causales que dan lugar a la obligación de adoptar la medida de toma de posesión, de conformidad con el numeral 2 del art. 114 del EOSF. Lo anterior, siempre y cuando dichas causales sean compatibles con las características especiales de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y el régimen técnico, jurídico y financiero aplicable a las mismas. Específicamente, en relación con la causal señalada en el literal a) *ibídem*, en el entendido que la entidad vigilada esté sujeta a normas sobre patrimonio adecuado y, en relación con la causal prevista en el literal b) *ibídem*, bajo el presupuesto de que haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, de conformidad con las normas que rigen el SGSSS. *iii) Disposiciones especiales para la adopción de la medida de toma de posesión, para liquidar un ramo del régimen de subsidiario o contributivo en las EPS y ARS o para liquidar una EPS de carácter público.* De manera adicional a lo expuesto en los numerales anteriores, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 3023 de 2002, la medida de toma de posesión para la liquidación de un ramo o de un programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS, debe tener en cuenta especialmente la gravedad y la causa de la falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio de salud. Finalmente, de acuerdo con el Decreto 1566 de 2002, para la adopción de la medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de una entidad promotora de salud de carácter público, exige de la SNS obtener un concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

MEDIDA DE TOMA DE POSESIÓN POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Factores a analizar

Problema jurídico 2: *¿Es la protección a la confianza pública en el sistema, referida en el parágrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, un factor a tener en cuenta por la SNS en la gestión de sus funciones de IVC, y particularmente en la adopción de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar?*

Tesis 2: “Sí. La confianza pública en el SGSSS debe ser tenida en cuenta por la SNS al momento de adoptar la medida de toma de posesión para administrar o liquidar una entidad sujeta a su vigilancia y control, pues al tenor del art. 230 de la Ley 100 de 1993, este es uno de los objetivos que debe perseguir la entidad de inspección, vigilancia y control al momento de adoptar la medida de toma de posesión, en estrecha relación con el objetivo de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud a los usuarios del sistema”.

MEDIDA DE TOMA DE POSESIÓN POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Examen de proporcionalidad y razonabilidad

Problema jurídico 3: *¿La medida de toma de posesión tiene un carácter extremo que obliga a un examen de proporcionalidad entre esta y las otras medidas que consagra la ley, de forma tal que su imposición solo será posible cuando la gravedad de la situación lo imponga por la insuficiencia razonada de otras medidas?*

Tesis 3: “La toma de posesión es una medida extrema, en cuanto debe ser adoptada por la SNS cuando ocurran hechos graves que afecten de manera importante el interés público tutelado por esta medida administrativa, específicamente, los contemplados en las causales de toma de posesión del art. 114 del EOSF, previa la comprobación de los hechos que sustentan la medida. Ahora bien, la adopción de esta medida exige un

examen de proporcionalidad y razonabilidad, que incluye la posibilidad de adoptar otros instrumentos preventivos o de salvamento, que podrían evitar o precaver la adopción de la medida de toma de posesión, especialmente, las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF. Este examen siempre deberá estar guiado por el objetivo de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud y la confianza pública en el SGSSS”.

[Concepto 2358 de 12 de diciembre de 2017, exp. 11001-03-06-000-2017-00192-00\(2358\), C.P. Édgar González López, levantamiento de reserva legal mediante oficio de 18 de enero de 2018.](#)