

EDICIÓN

228

MARZO DE 2020

# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



PUBLICACIÓN MENSUAL

**República de Colombia**  
**Consejo de Estado**

**Álvaro Namén Vargas**  
Presidente Consejo de Estado

## COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate  
Hernando Sánchez Sánchez  
Gabriel Valbuena Hernández  
Marta Nubia Velásquez Rico  
Martín Bermúdez Muñoz  
Julio Roberto Piza  
Ana Yasmín Torres Torres

## RELATORÍAS

### **Sección Primera de lo Contencioso Administrativo**

Liliana Marcela Becerra Gámez

### **Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo**

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

Antonio José Sánchez David

### **Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo**

Jorge Eduardo González Correa

Natalia Rodrigo Bravo

Natalia Yadira Castilla Caro

Guillermo León Gómez Moreno

### **Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo**

María Magaly Santos Murillo

### **Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo**

Wadith Rodolfo Corredor Villate

### **Sala de Consulta y Servicio Civil**

### **Sala Plena de lo Contencioso Administrativo**

Derys Susana Villamizar Reales

### **Acciones Constitucionales**

Pedro Javier Barrera Varela

Camilo Augusto Bayona Espejo

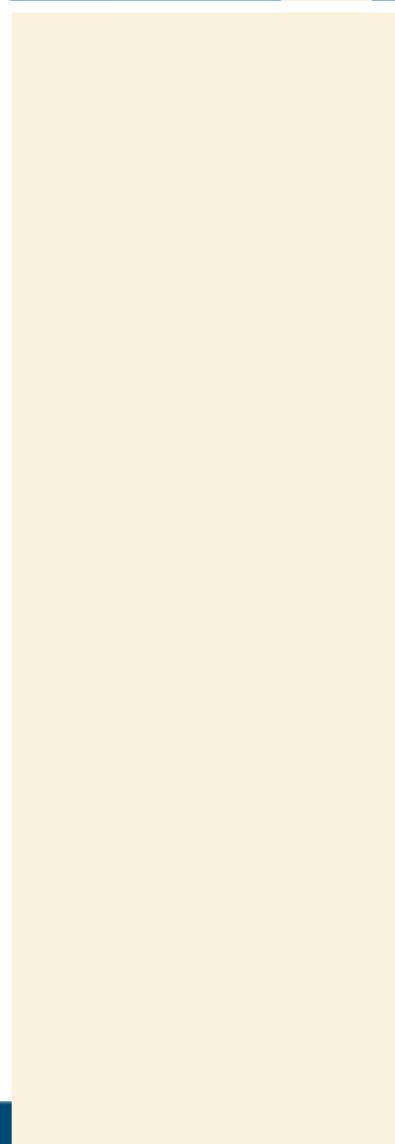
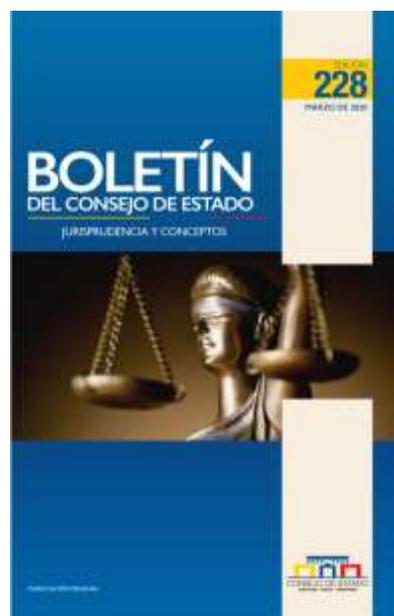
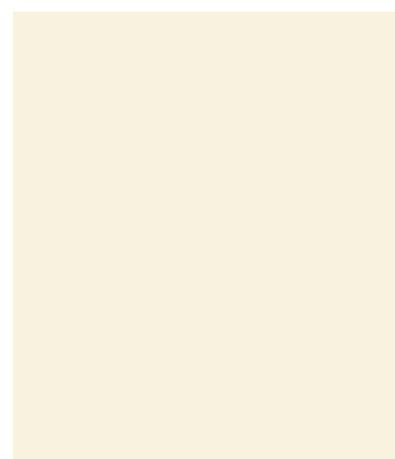
Juan Alejandro Suárez Salamanca

## DISEÑO

Julián Marcel Toro V.

## PUBLICACIÓN

Camilo Ernesto Losada



# CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL .....	4
I. NORMAS ANULADAS .....	5
III.LEGALIDAD CONDICIONADA .....	6
IV.VALIDEZ CONDICIONADA .....	6
V. EXHORTOS.....	7
VI. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN .....	9
VII. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	13
VIII. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	25
IX. SECCIÓN PRIMERA.....	29
X. SECCIÓN SEGUNDA.....	37
XI. SECCIÓN TERCERA.....	42
XII. SECCIÓN CUARTA.....	53
XIII. SECCIÓN QUINTA .....	61
XIV. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	70

# EDITORIAL

En esta edición se registran importantes decisiones en relación con la validez de normas. La Sección Primera anuló el Decreto 383 de 1960, suspendió la Ordenanza 027 de 2011 de la Asamblea Departamental del Guaviare y le otorgó validez condicionada a la Resolución 1441 de 2013. La Sección Cuarta anuló un vocablo del Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016 y le otorgó legalidad condicionada a una expresión del mismo decreto. A su turno, la Sección Quinta anuló una expresión de la Resolución 1706 del 8 de mayo de 2019.

Como novedades jurisprudenciales, la Sala Plena de la Corporación unificó jurisprudencia y estableció, entre otras cosas, que el régimen contractual de la entidad que celebra un contrato de obra pública no es determinante cuando se trata de establecer el hecho generador de la contribución de esos contratos. En esta importante decisión se concluye que si la entidad de derecho público celebra un contrato de obra, en calidad de responsable del tributo, no solo debe retener y consignar la contribución a la cuenta correspondiente, por la suscripción de los aludidos contratos, sino también remitir a la DIAN, copia del recibo de consignación y una relación donde conste el nombre del contratista, el objeto y el valor de los contratos.

Así mismo, la Sala Plena de la Sección Segunda sentó jurisprudencia sobre el régimen salarial y prescricional del personal civil vinculado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporó a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General de Sanidad Militar.

En materia de pérdida de investidura, la Sala Plena desestimó la demanda formulada contra el senador Jonatán Tamayo Pérez, tras considerar que, a la fecha de suscripción del acuerdo de la "Lista de la Decencia" las normas aplicables a la materia no contemplaban, para quienes suscribían coaliciones, sanciones a los integrantes que se apartaran de sus criterios políticos, como sí ocurría con los militantes de organizaciones políticas que tuvieran personería jurídica y procedieran en el mismo sentido, respecto de la organización con la que se encontraran vinculados.

La Sala Plena también confirmó sentencia que negó la pérdida de investidura del ex representante a la Cámara Nevardo Eneiro Rincón Vergara, explicando el alcance que tiene la contestación a la demanda de pérdida de investidura, y la imposibilidad de ampliar el espectro de la demanda primigenia con base en esta última.

Estas y otras decisiones en asuntos constitucionales, en cada una de las Secciones y en la Sala de Consulta y Servicio Civil, hacen de esta edición un recurso académico importante para el análisis del derecho.

# I. NORMAS ANULADAS

1. El Decreto 383 de 1960 *“Por medio del cual se aprueba un acta y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia.

El Decreto 2846 de 1997 *“Por medio del cual se revoca un Decreto”*, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de noviembre de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 05001-23-31-000-2006-03800-01. \(Ver pág. 37 de este Boletín\).](#)

2. El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, *“Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario en materia tributaria”*, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: el vocablo «*exclusivamente*», contenido en el ordinal 2.3 del artículo 1.2.4.1.36, adicionado a ese cuerpo normativo por el artículo 10 del Decreto 2250 de 2017.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de febrero de 2020, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2018-00042-00 \(24048\) \(ver página 56 de este boletín\).](#)

3. La Resolución 1706 del 8 de mayo de 2019, *“Por medio de la cual se dictan medidas para garantizar la transparencia de los Escrutinios, el uso eficiente de los recursos públicos destinados al proceso electoral”*, expedida por el Consejo Nacional Electoral: la expresión *“Los escrutinios podrán instalarse, pero serán suspendidos en tanto se hace la publicación total ordenada anteriormente”* contenida en el artículo segundo y del inciso segundo y el párrafo del artículo cuarto.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 6 de febrero de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2019-00032-00. \(ver página 68 de este boletín\).](#)

# II. NORMAS SUSPENDIDAS

La Ordenanza 027 de 2011 *“Por medio de la cual se expide el reglamento interno de la Asamblea Departamental del Guaviare, se derogan unas ordenanzas y se dictan otras disposiciones”*, expedida por la Asamblea del Departamento del Guaviare: El numeral 2° del artículo 265 y los artículos 266, 267, 268 y 269 del capítulo 7° denominado *“Reglamentación de autorización para celebrar contratos”*.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 30 de enero de 2020, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 50001-23-33-000-2017-00266-01. \(Ver pág. XX de este Boletín\).](#)

## III. LEGALIDAD CONDICIONADA

El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “*Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario en materia tributaria*”, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: la expresión «*sea la compraventa*», prevista en el ordinal 2.3 del artículo 1.2.4.1.36, adicionado a ese cuerpo normativo por el artículo 10 del Decreto 2250 de 2017, bajo el entendido de que la prueba de que los recursos retirados de cuentas AFC o AVC fueron destinados a la adquisición de vivienda sin financiación, debe hacerse mediante copia de escritura pública en la que conste cualquier título traslativo del dominio.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de febrero de 2020, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2018-00042-00 \(24048\) \(ver página 56 de este boletín\).](#)

## IV. VALIDEZ CONDICIONADA

La Resolución 1441 de 2013 “*Por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones*”, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social: La expresión “*especialista en radiología e imágenes diagnósticas*” contenida en la descripción y en el estándar de talento humano para la prestación del servicio de radiología e imágenes diagnósticas de baja complejidad, bajo el entendido que también comprenderá a los médicos especialistas quienes en su pensum o formación académica hayan adquirido los conocimientos del manejo e interpretación del espectro electromagnético, del ultrasonido especialmente, así como de las radiaciones ionizantes para establecer el diagnóstico y/o el tratamiento de las enfermedades inherentes a sus especialidades siempre que lo acrediten en el respectivo certificado, conforme a lo establecido por el párrafo del artículo 4 de la Ley 657 de 2001.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de diciembre de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2013-00503-00. \(Ver pág. XX de este Boletín\).](#)

## V. EXHORTOS

### **1. La Sala de Consulta y Servicio Civil exhortó al Departamento Administrativo de la Función Pública, a que presente para el sector público un proyecto de ley en materia de jornada laboral, acorde a las nuevas tecnologías.**

Señaló la Sala de Consulta: “Dada la insuficiencia regulatoria en materia de *“sistema de turnos”* para el sector público, así como la inflexibilidad de las normas que rigen la función pública en materia de jornada laboral, horarios de trabajo, descansos compensatorios, forma de remuneración de los mismos, entre otros aspectos, ya que su normativa está diseñada de tiempo atrás para lo que sería, desde el punto de vista económico y social, una época que estaría ubicada entre «la primera y segunda revolución industrial», la Sala sugiere al Departamento Administrativo de la Función Pública presentar a la consideración del Congreso de la República un proyecto de ley sobre la materia que actualice dicha regulación bajo los parámetros de lo que hoy en día se denomina la «cuarta revolución industrial» (...) La nueva legislación que se propone impulsar debe considerar los avances en las tecnologías de la información y las comunicaciones y los nuevos modelos de demanda de bienes y servicios por parte de los consumidores que impulsan la necesidad de adoptar nuevos métodos de organización flexible del trabajo, incluida la flexibilidad temporal y espacial, para dignificar al trabajador y satisfacer la necesidad de calidad en el servicio público, bajo la observancia del derecho fundamental a la buena administración.”

[Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de diciembre de 2019, C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación 11001-03-06-000-2019-00105-00 \(2422\).](#)

### **2. La Sala de Consulta y Servicio Civil exhortó a la Alcaldía Distrital de Cartagena para que actúe en forma pronta y oportuna tal como lo exige la ley, sobre las personas jurídicas que desarrollen la actividad de construcción y enajenación de inmuebles cuando así sea requerido.**

Sobre el particular señaló: “La Sala considera necesario exhortar a la Alcaldía Distrital de Cartagena no sólo para que se pronuncie sobre los hechos informados por el peticionario que motivaron el presente conflicto, sino para que en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, y en desarrollo de las atribuciones conferidas, actúe en forma pronta y oportuna, tal y como lo exige la ley, sobre las personas jurídicas que desarrollen la actividad de construcción y enajenación de inmuebles cuando así sea requerido.”

[Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, auto del 17 de febrero de 2020, C. P. Édgar González López, radicación 11001-03-06-000-2019-00188-00\(C\).](#)

### **3. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, para que en lo sucesivo se garantice la notificación de los fallos de nulidad electoral en los términos del artículo 289 de la Ley 1437 de 2011.**

Sobre el particular señaló: “El apoderado de la demandada en su escrito de apelación manifestó como cuestión previa que la sentencia apelada no le fue notificada en los términos del artículo 289 de la Ley 1437 de 2011, sin embargo, fue dada a conocer a la opinión pública y a terceros para ser debatida públicamente, sin que la demandada, ni su apoderado la hubieran conocido previo a ello. No obstante, admitió la notificación por conducta concluyente y en razón de ello interpuso el recurso de apelación y lo sustentó en tiempo, sin hacer ninguna petición de nulidad. Al respecto, encuentra la Sala que efectivamente la secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no notificó la providencia impugnada, ni a la demandada, ni a su apoderado como lo dicta el artículo 289 ibídem. Sin embargo, ello no fue óbice para que la parte pasiva ejerciera de manera plena sus derechos de contradicción y defensa. Lo anterior no obsta para que se deba exhortar a la secretaría del Tribunal para que dé cumplimiento a la anterior disposición, no obstante, al haberse advertido que la demandada tuvo la oportunidad de controvertir la decisión, en aras de la eficiencia y economía procesal se dio continuidad al proceso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 6 de febrero de 2020, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 25000-23-41-000-2019-00289-01.](#)

# SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

# 1. Se unifica jurisprudencia para precisar, entre otras cosas, que el régimen contractual de la entidad que celebra un contrato de obra pública no es determinante cuando se trata de establecer el hecho generador de la contribución de esos contratos.

**Síntesis del caso:** *Ecopetrol formuló recurso de apelación contra la sentencia que le había sido parcialmente favorable al requerir se decretara la nulidad de sendas resoluciones de determinación de la contribución de contratos de obras públicas y las resoluciones de los recursos de reconsideración presentados contra ellas, para que en su lugar se les declarara a paz y salvo respecto de las sumas objeto de discusión, considerándose por parte del Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 no sujetó el hecho gravado a un determinado régimen contractual ni a la Ley 80 de 1993, por lo que no es el régimen contractual de la entidad de derecho público, el elemento o factor relevante para la causación de la contribución de obra pública, configurándose el hecho generador del tributo, cuando se celebra el contrato de obra, con cualquier entidad de derecho público, independientemente de su régimen contractual, revocando en su totalidad la sentencia cuestionada para negar las pretensiones de la demanda.*

## HECHO GENERADOR DE LA CONTRIBUCIÓN SOBRE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA - Respecto de entidades con régimen especial de contratación / RÉGIMEN CONTRACTUAL DE ENTIDAD PÚBLICA – No es relevante para determinar el hecho generador de la contribución sobre los contratos de obra

**Problema Jurídico 1:** *¿Se configura el hecho generador de la contribución de los contratos de obra pública cuando la entidad contratante tiene un régimen especial de contratación?*

**Tesis 1:** “[L]a posición acogida por la Sala Plena lleva a establecer que los contratos celebrados por la parte demandante están gravados con el tributo (...) En efecto, el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 no sujetó el hecho gravado a un determinado régimen contractual ni a la Ley 80 de 1993. Por lo anterior, no es el régimen contractual de la entidad de derecho público, el elemento o factor relevante para la causación de la contribución de obra pública. Lo es, que una de las partes sea una entidad de derecho público y que el objeto del contrato sea una de las actividades descritas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. (...) En consecuencia, se configura el hecho generador del tributo, cuando se celebra el contrato de obra, con cualquier entidad de derecho público, independientemente de su régimen contractual – Ley 80 o exceptuado-. (...) [D]entro de esas entidades de derecho público, se encuentran las sociedades de economía mixta en las que el Estado tiene participación superior al 50%, como lo es el caso de la entidad demandante, Ecopetrol S.A. De otro lado, el hecho de que algunas entidades de derecho público tengan un régimen especial para cierto tipo de contratos, tales como los

contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, no impide que cuando suscriban contratos de obra, estos contratos –los de obra- se encuentren gravados con el tributo. Todo, porque en ejercicio de su actividad contractual puede celebrar diferentes tipos de contratos, sin que cada uno de ellos pierdan su identidad, pues uno es el objeto social o actividad principal de la entidad, y otra, se repite, su actividad contractual”.

**Problema Jurídico 2:** *¿Constituye el propósito del contrato un factor determinante para establecer si su celebración constituye el hecho generador de la contribución del contrato de obra pública?*

**Tesis 2:** “[L]os contratos de exploración y explotación, comercialización e industrialización de recursos naturales renovables y no renovables, son típicos y tienen ciertas particularidades que los distinguen del contrato de obra pública objeto del tributo. En efecto, de acuerdo con las regulaciones contenidas en el Código de Petróleos, de Minas y en algunas disposiciones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, se encuentra que el contrato de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables tiene por objeto, fundamentalmente, la asignación de un área, para efectos y como su nombre lo indica determinar

aspectos como la existencia, ubicación, reservas, calidad, etc. de los recursos naturales, y el posterior desarrollo, producción y venta de los recursos encontrados. El citado contrato no tiene el propósito de realizar actividades materiales para construir, reparar o mejorar ciertos bienes –como los contratos de obra pública-, sino que su finalidad es la de determinar la existencia, ubicación, calidad, reservas, extracción, producción, y comercialización de recursos naturales, previa asignación de un área territorial. De modo que, se trata de tipologías contractuales distintas y plenamente identificables por sus características propias, que permiten establecer que el contrato referido en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 no es el mismo contrato de obra pública gravado con la contribución y, por esa razón, no se subsume dentro del ámbito del hecho generador dispuesto en la ley. Algo semejante puede decirse respecto de las actividades que están delimitadas por la producción, venta, etc. de los recursos respectivos. Adicionalmente, no puede perderse

de vista que el hecho gravado del tributo es un contrato específico: el contrato de obra pública, de donde se sigue, que para establecer si se causa o no el tributo, lo que debe examinarse es el objeto del contrato que se celebra con la entidad de derecho público, y no el régimen jurídico de la entidad o el objeto social que la misma desarrolle. Aunado a lo anterior, es importante resaltar que el citado artículo 76 no establece una exención tributaria, sino un régimen jurídico contractual especial sobre un determinado tipo de contrato. Otra cosa es que la norma se refiera a una clase de contrato que no fue gravado por el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006, que es la razón por la cual dicho contrato no se encuentra sujeto a la contribución. En tal sentido, si el contratista celebra con una entidad de derecho público un contrato de obra, habrá suscrito un contrato de obra pública gravado con el tributo, independientemente del régimen contractual al que se encuentre sometido el contrato o la entidad de derecho público contratantes.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 25 de febrero de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-37-000-2014-00721-01\(22473\) \(IJ-SU\).](#)

## 2. La Sala Plena de la Sección Segunda, determinó las reglas para establecer el régimen salarial y prestacional aplicable al personal civil del sistema de salud de las Fuerzas Militares incorporado a la planta global de empleados públicos del Ministerio de Defensa – Dirección General de Sanidad Militar.

**Síntesis del caso:** *Una profesional especializada laboró desde el 23 de diciembre de 1996 como odontóloga ortopedista maxilar en el Instituto Nacional de Salud. Posteriormente, el 15 de enero de 1998, fue incorporada a la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional al servicio del Ejército Nacional. Finalmente, el 14 de octubre de 2009, fue nuevamente objeto de incorporación a la nueva planta global de personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa al servicio de la Dirección de Sanidad del Ejército, fecha desde la cual consideró fue desmejorada salarialmente, pues, en el reconocimiento de su asignación básica no se aplicó el régimen de los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, consagrado en el numeral 6 del artículo 3 del decreto 3062 de 1997. Petición ésta que fue puesta en consideración de la administración y atendida desfavorablemente.*

### RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL CIVIL DEL SISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES INCORPORADO A LA PLANTA GLOBAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS DEL MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR – Reglas / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN /ASIGNACION BÁSICA - Reajuste

**Problema Jurídico:** *¿La servidora pública, perteneciente al personal civil, incorporada a la Planta Global*

*del Ministerio de Defensa-Dirección de Sanidad Militar, como consecuencia de la supresión del Instituto*

*Nacional de Salud, tiene derecho al reajuste de su asignación básica de acuerdo con el régimen salarial previsto para la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional?*

**Tesis:** "Primero: Sentar jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el régimen salarial y prestacional del personal civil vinculado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporó a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General de Sanidad Militar. Con este fin, se establece lo siguiente: Entre la vigencia del Decreto 1301 de 1994 y de la Ley 352 de 1997, aplican las siguientes reglas: 1. En materia salarial: Los empleados públicos vinculados e incorporados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, se regían por las normas establecidas por el Gobierno Nacional para los servidores de los establecimientos públicos del orden nacional. Por lo tanto, como quiera que estaban vinculados a un órgano del nivel descentralizado no se regían por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional. 2. En materia de Seguridad Social Integral el régimen aplicable era el previsto en la Ley 100 de 1993 para los empleados públicos que se vincularan al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional. En lo relativo a las demás prestaciones les aplicaba el Decreto 2701 de 1988 y normas que lo modificaron o adicionaron. Los empleados públicos vinculados al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que se incorporaron al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, continuaron cobijados por el Decreto 1214 de 1990. A partir de la vigencia de la Ley 352 de 1997 los empleados públicos que antes prestaban sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y que fueron incorporados a la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional, dejaron de pertenecer al sector descentralizado, y para ellos aplican las siguientes reglas: 1. En materia salarial los empleados públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que fueron incorporados a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa quedaron sometidos al régimen salarial previsto para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional (Artículo 3 Num.6 Decreto 3062 de 1997). 2. En materia prestacional los empleados públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares incorporados a la planta de personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional y que se hubieran vinculado antes de la vi-

gencia de la Ley 100 de 1993 se les aplicará en su integridad el Decreto 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen. Al personal vinculado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 se les aplicará dicha normativa. En lo no contemplado en materia prestacional en la Ley 100 de 1993 se les aplicará el Título VI del Decreto 1214 de 1990 (Parágrafo artículo 55 de la Ley 352 de 1997). Con la Ley 1033 de 2006 se unificó el régimen de administración de personal que se aplica al personal civil vinculado a los Organismos y Dependencias del Sector Defensa. Por ello, los empleos públicos del personal civil y no uniformado asignados a la Dirección General de Sanidad Militar pertenecen a la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional, a quienes se les aplican las siguientes reglas: 1. A partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 92 de 2007 se reajustaron las plantas de personal, se establecieron las equivalencias y se fijaron los sueldos con fundamento en la nomenclatura y clasificación especial, por ello, los sueldos de los empleados civiles no uniformados del sector Defensa se empezaron a pagar con base en la nueva nomenclatura. Los empleados civiles no uniformados del sector Defensa vinculados a la Planta de Personal del Ministerio de Defensa Nacional - Dirección General de Sanidad Militar, debieron continuar percibiendo la remuneración correspondiente a los empleos que desempeñaban a la entrada en vigencia del Decreto 4783 de 2008 *mientras ocupen* el cargo en el que fueron incorporados. 2. En el momento en el que el empleado ocupó el cargo al que fue incorporado por disposición del Decreto 4783 de 2008, de acuerdo con la nomenclatura y clasificación especial para los empleados civiles no uniformados del sector Defensa, empezó a devengar la asignación básica fijada por el Gobierno Nacional para los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional. Lo que quiere decir, que mientras se produjo la incorporación en el cargo equivalente en la planta global del sector Defensa, de acuerdo con el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos, el servidor debió continuar percibiendo la remuneración correspondiente al empleo que desempeñaba, esto es, según el régimen salarial fijado por el Gobierno para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Efectuada la incorporación al cargo equivalente en la planta global del Ministerio de Defensa Nacional, el empleado queda sometido a la escala de asignación básica fijada por el Gobierno Nacional para los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional. 3. En materia prestacional la Ley 1033 de 2006 no introdujo ninguna modificación, por lo tanto se mantiene el régimen prestacional fijado en la Ley 352 de 1997."

[Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia Unificación de 12 de diciembre de 2019, C.P. César Palomino Cortés, radicación 25000-23-42-000-2016-04235-01\(0901-18\) SUJ-019-CE-S2-19](#)

# ASUNTOS CONSTITUCIONALES

# ACCIONES DE TUTELA

## 1. Primacía del derecho fundamental a la oposición política frente a la prohibición de doble militancia en el caso de nulidad electoral de Ángela María Robledo.

**Síntesis del caso:** La Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de única instancia con fecha 25 de abril de 2019 declaró la nulidad de la Resolución 1595 del 19 de julio de 2018, mediante la cual el Consejo Nacional Electoral reconoció que la ciudadana Ángela María Robledo Gómez tenía el derecho a ocupar una curul en la Cámara de Representantes, durante el período constitucional 2018-2022. Como consecuencia de ello canceló la credencial que la acreditaba como congresista al concluir que incurrió en doble militancia, por no renunciar a la curul que ocupaba en la Cámara de Representantes, por el Partido Alianza Verde, doce meses antes del primer día de su inscripción como candidata a la Vicepresidencia de la República. Por lo anterior, la actora consideró vulnerados sus derechos fundamentales y presentó acción de tutela contra la providencia judicial que declaró la nulidad de su elección como Representante a la Cámara. La Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado avocó conocimiento y profirió fallo de primera instancia el 12 de diciembre de 2019 en el que negó el amparo solicitado, porque estimó que en la sentencia cuestionada en ningún momento se desconoció el derecho personal de la accionante a ocupar el cargo de representante a la Cámara durante el período constitucional 2018-2022 y que una cosa distinta es que ese derecho no pueda tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, por cuanto el constituyente, ni el legislador dispusieron salvedad alguna.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO / INEXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL – Trámite del medio de control de nulidad electoral fue agotado / DERECHO FUNDAMENTAL A LA OPOSICIÓN POLÍTICA – Derecho fundamental autónomo**

**Problema Jurídico 1:** *¿Se configuran los presupuestos de procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones de las Altas Cortes en el caso concreto?*

**Tesis 1:** “En este especialísimo caso y de manera excepcional se considera necesario hacer un pronunciamiento de fondo porque se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, a saber: (i) porque se trata de la hermenéutica propia de las normas constitucionales, (ii) porque la acción de tutela presentada ha solicitado la protección del ejercicio de la oposición que en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido elevado al rango de un «derecho fundamental autónomo» que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas. Por otra parte, es impor-

tante recordar que el medio de control de nulidad electoral se tramita en única instancia, tal y como indica el ordinal 3.º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, de allí que la ciudadana Ángela María Robledo Gómez no dispone de otro mecanismo judicial idóneo, razón que fortalece la necesidad de intervención excepcional del juez de tutela. (...) La naturaleza «autónoma» del derecho de la oposición es precisamente el punto de realce o plus de su fundamentalidad, entre otras razones, porque: (i) No depende de ningún otro derecho (conexidad, simultaneidad, etc.). (ii) Es singular porque es único, diferente. (iii) Es novedoso porque es de reciente data, a partir de la Ley 1909 de 2018. (iv) Es integral, pleno o completo y por tanto minimiza cualquier intervención o confluencia con otras normas que desvirtúen su esencia con el pretexto de llenar vacíos. (v) Prima facie, no es permeable a otras

regulaciones constitucionales o legales de carácter restrictivo. (vi) Tiene un titular claramente identificado. (vii) Un objeto de protección delimitado. (viii) La protección es por vía directa lo que incluye la tutela. Este marco autoriza al juez de tutela para analizar el

caso con los parámetros antes indicados puesto que se trata de un derecho fundamental autónomo que «goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas».

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Sentencia de única instancia que declaró la nulidad electoral / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA OPOSICIÓN POLÍTICA / DOBLE MILITANCIA – Norma que la contempló no previó la transversalidad ni singularidad de la figura / APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN – Derecho fundamental a la oposición política versus prohibición de doble militancia / DERECHO FUNDAMENTAL A LA OPOSICIÓN POLÍTICA – Primacía dentro del caso**

**Problema Jurídico 2:** *¿La interpretación del inciso final del artículo 107 de la Constitución Política, que regula la prohibición de la doble militancia, consignada en la sentencia de nulidad electoral proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, en la que se declaró la nulidad electoral, es aplicable al caso de la aspirante a la vicepresidencia que no resultó elegida, o, por el contrario, debió prevalecer el derecho fundamental autónomo de la oposición?*

**Tesis 2:** “La sentencia de nulidad electoral proferida el 25 de abril de 2019 por la Sección Quinta del Consejo de Estado se fundamenta esencialmente en que en el acto legislativo de 2015 guardó silencio respecto de la aplicación del régimen de doble militancia. Para ello puntualizó dos razones: (i) El derecho personal que tiene el candidato a la curul en el senado en virtud del artículo 112, superior, no puede «tenerse como excepción al régimen de la doble militancia, dado que las normas constitucional y legal no establecieron ninguna limitación en este sentido». (ii) El Acto Legislativo 2 de 2015 no incluyó modificación al régimen de la doble militancia, «por lo cual es claro que también es aplicable a los candidatos a estos cargos públicos». Es evidente que la sentencia de nulidad electoral cuestionada presenta una interpretación sistemática de las normas constitucionales bajo el supuesto de que, por un lado, el silencio implica un vacío normativo el cual debe llenarse y, del otro, que las normas constitucionales no tienen jerarquías formales en su interior. Al respecto el juez de tutela considera que si bien es cierto no existen jerarquías formales, sí es verdad que se han construido jerarquías interpretativas o axiológicas, en las que la ponderación resulta el ejercicio hermenéutico más útil para resolver casos difí-

ciles como el que nos ocupa. Para tal efecto, lo primero que debemos señalar es que en la Constitución Política de Colombia no hay un monismo sino pluralismo de fines. Por ello, no podría decirse que los fines perseguidos por las normas que prohíben la doble militancia es absolutamente transversal o aplicable a una institución singular como la que corresponde a la curul prevista en el artículo 112, superior. De allí que sea necesario realizar la ponderación o balanceo de valores, principios e intereses que en un momento determinado pueden resultar contrapuestos. En este caso se aborda directamente la ponderación en sentido estricto puesto que se trata de normas constitucionales, en las que es necesario determinar el mayor peso de los valores que en este caso resultaron en contraposición, a saber: (i) La prohibición de la doble militancia que tiene como principal valor la protección de la confianza de la ciudadanía depositada en las personas que se postulan bajo las banderas de un partido o movimiento político determinado. Por esta razón se ha dicho que se expresa en dos garantías: (1) Protege y fortalece el régimen de bancadas en las corporaciones públicas; (2) garantiza la vigencia del voto programático y la imposición del programa de gobierno por mandato electoral a alcaldes y gobernadores. (ii) El derecho fundamental autónomo de la oposición del cual se deriva el «derecho personal» a ocupar una curul por obtener la segunda votación en las elecciones presidenciales, que tiene implícito el valor de la democracia participativa y pluralista. Al hacer el ejercicio de ponderación para este juez de tutela, el resultado de la ecuación es favorable al amparo del «derecho fundamental autónomo» y por tanto debe retroceder la prohibición de la doble militancia.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 10 de marzo de 2019, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2019-03079-01\(AC\).](#)

## 2. En el proceso de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes no existe tarifa legal para efectos de demostrar la dependencia económica.

**Síntesis del caso:** *La accionante ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Boyacá por considerar que incurrió en defecto fáctico y en exceso ritual manifiesto, al proferir la sentencia de segunda instancia en la que restó valor probatorio a la declaración extrajuicio aportada con la demanda y el interrogatorio de parte practicado, a través de los cuales se buscaba demostrar que la tutelante dependía económicamente de su hija para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO POR RESTAR VALOR PROBATORIO A DECLARACIÓN EXTRAJUICIO E INTERROGATORIO DE PARTE / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE - Para demostrar la dependencia económica con el fin de lograr su reconocimiento no existe tarifa legal / PRUEBA DE OFICIO - Se considera un deber legal cuando surja la necesidad de clarificar espacios oscuros de la controversia**

**Problema Jurídico:** • “¿El Tribunal Administrativo de Boyacá, al expedir la sentencia de 29 de agosto de 2019 que revocó el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja que reconoció la pensión de sobrevivientes a la señora [A. M. B. B.], incurrió en un defecto fáctico y en un error procedimental por exceso ritual manifiesto?”

**Tesis:** “[P]ara la Sala resulta claro que el Tribunal Administrativo de Boyacá, no expuso de manera justificada las razones por las cuales decidió restarle el alcance probatorio a la declaración extrajuicio presentada por la accionante y al interrogatorio de parte decretado de oficio por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, incurriendo en un defecto fáctico. [...] En este sentido, no puede perderse de vista que el interrogatorio de parte decretado por el Juez, se realizó en la audiencia de pruebas, razón por la cual, la entidad demanda tuvo la oportunidad para controvertir dicha prueba garantizándose su derecho de contradicción. [...], es necesario aclarar, que, para efectos de demostrar la dependencia económica para lograr el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, no existe tarifa legal y en ese sentido, resultan válidos las declaraciones extrajuicio, el interrogatorio de parte y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez- (...) Por otro lado, advierte la Sala que

el Tribunal Administrativo de Boyacá, a pesar de que no contaba con el total convencimiento de la dependencia económica de la accionante respecto de su causante, se abstuvo de ejercer la facultad oficiosa de decretar pruebas adicionales (las que reconoce que habrían sido útiles) a fin de esclarecer si la demandante dependía o no de su hija. Esto cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que dicha demostración consistía en un requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, y por tanto, se trataba de un elemento fundamental y determinante para adoptar una decisión de fondo sobre el asunto. De esa manera, debió el *ad quem*, antes de dictar sentencia de segunda instancia, para alcanzar su convencimiento pleno, decretar las pruebas que considerara necesarias, pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional traída a colación en acápites precedentes, el decreto de las pruebas de oficio se considera un verdadero deber legal, cuando, por ejemplo, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendían hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de clarificar espacios oscuros de la controversia; y porque además, así lo dispone claramente el artículo 213 del CPACA (...).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 23 de enero de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-15-000-2019-04224-01 \(AC\).](#)

### 3. Se incurre en defecto procedimental absoluto, por no resolver el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda y, sin el debido sustento jurídico, celebrar la audiencia inicial.

**Síntesis del caso:** *La Superintendencia Financiera de Colombia ejerció acción de tutela contra uno de los despachos que integran el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dado que dicha autoridad judicial fijó fecha para celebrar audiencia inicial sin haber resuelto el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda de reparación directa y, en dicha diligencia, decidió adecuar el recurso y tramitarlo como si se tratara de una excepción previa, impidiendo el ejercicio legítimo de defensa y contradicción al pretermittir el término de contestación de la demanda.*

#### **ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO –Por no resolver recurso de reposición interpuesto contra auto admisorio/ VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Audiencia inicial**

**Problema Jurídico:** “¿Se configuraron o no los defectos invocados por el Superintendencia Financiera de Colombia (procedimental absoluto y violación directa de la Constitución), en la audiencia inicial que se llevó a cabo el 10 de octubre de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B?”

**Tesis:** “En atención a lo expuesto, la Sala considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B (...) no podía tramitar como excepción previa el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio, pues la caducidad del medio de control no fue el único punto de inconformidad planteado por la Superintendencia Financiera de Colombia en ese escrito. [...]. [L]a Sala advierte que el despacho accionado sí incurrió en defecto procedimental absoluto, por cuanto no resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda y, sin el debido sustento jurídico, celebró la audiencia inicial, circunstancia que llevó al desconocimiento de las garantías de defensa y contradicción de la entidad aquí demandante frente a los hechos que se le imputan en sede de reparación directa, pues no contestó la demanda confiada en que, como lo establece el artículo 118 del CGP, el plazo otorgado en el auto admisorio para tal fin no había empezado a correr. Aunado a lo anterior, se tiene que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 302 del

CGP, las providencias <<proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas 3 días después de notificadas, cuando, [entre otros eventos], queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos>>, de modo que no resulta válido sostener, como lo hizo el tribunal demandado, que el auto admisorio había cobrado firmeza antes de la audiencia inicial, dado que, se reitera, el recurso de reposición interpuesto contra esa decisión no se había resuelto. También llama la atención de la Sala que durante el trámite del proceso tanto la parte demandante como las entidades demandadas presentaron un incidente de nulidad, una solicitud de aclaración y varios recursos de reposición, en los que se puso de presente que ante la falta de pronunciamiento frente al recurso de reposición interpuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia contra el auto admisorio de la demanda, <<el plazo para contestar la demanda estaba suspendido y no se le había dado la oportunidad para defenderse>>, lo cual, como se vio, la autoridad judicial demandada descartó una y otra vez, con el argumento equivocado de que dicho término había empezado a correr, aun cuando no se hubiere resuelto el mencionado recurso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 20 de febrero de 2020, C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-2019-05095-00\(AC\).](#)

## 4. Se vulnera el derecho al debido proceso cuando se declara probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción.

**Síntesis del caso:** *El accionante interpuso medio de control de reparación directa contra la administración distrital de Barranquilla para que respondiera por el posible daño que se le pudo ocasionar con la demolición del centro comercial, San Andresito. El Tribunal Administrativo de Bolívar halló probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, pues, en su parecer, el demandante debió acudir a la jurisdicción bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta Corporación determinó que a pesar de existir algunos actos administrativos que autorizaron las labores de demolición, en ningún momento se cuestionó la legalidad de dichos actos. Por el contrario, la pretensión de la demanda se circunscribía al ámbito de la reparación extracontractual. En suma, esta decisión vulneró el derecho al debido proceso del tutelante.*

### ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / INEPTA DEMANDA / INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – No configuración / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

**Problema Jurídico:** *[¿El] Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Decisión A, vulneró el derecho del debido proceso del [accionante] al declarar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por indebida escogencia de la acción[?]*

**Tesis:** “[P]ese a existir unos actos administrativos, esta Sala destaca que el objeto de la demanda es el reclamo de los posibles daños antijurídicos que se pudieron ocasionar con la demolición del centro comercial por parte de la administración de Barranquilla, pues en ningún momento se controvierte la legalidad de tales decisiones, las cuales, por el contrario, son lícitas, pues no queda duda que el distrito podía adelantar los procesos de restitución de bienes fiscales y

entre ellos ordenar la demolición del centro comercial San Andresito; empero, los perjuicios que se derivan de dicha actividad, por demás lícita, son susceptibles de ser reclamados a través del medio de control de reparación directa, pues lo que se alega es que el actor no tenía por qué soportar los daños derivados de esa actividad, supuesto que, dicho sea de paso, encuadra en el título de imputación de daño especial. (...) Considera la Sala que el Tribunal Administrativo del Atlántico, (...) vulneró el derecho del debido proceso del (tutelante), pues conforme con la lectura de la demanda el accionante escogió el medio de control precedente, esto es, el de reparación directa.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 28 de enero de 2020, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación 11001-03-15-000-2019-02159-01\(AC\).](#)

## 5. Se incurre en defecto procedimental absoluto cuando a una solicitud de ejecución de la sentencia dentro del proceso ordinario se le da trámite de proceso ejecutivo.

**Síntesis del caso:** *La accionante solicitó la ejecución de la sentencia que accedió a sus pretensiones a continuación del proceso ordinario declarativo. La autoridad judicial que conoció del proceso declarativo, libró mandamiento y con posterioridad dictó sentencia de excepciones, sin encontrar ninguna configurada. La parte ejecutada apeló la decisión anterior y en segunda instancia se declaró de oficio la excepción de inexistencia del título ejecutivo porque no obraba en el expediente la sentencia base de la ejecución.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO – Por dar trámite ajeno al pertinente / PROCESO EJECUTIVO DERIVADO DE SENTENCIA JUDICIAL – No fue el trámite solicitado ni el adecuado / EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA – Dentro del proceso ordinario era el trámite adecuado al caso / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**Problema Jurídico:** *¿Se vulneró el derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia al proferirse la sentencia del 29 de marzo de 2019, que declaró probada de oficio la excepción de inexistencia de título ejecutivo, dentro del trámite de ejecución de la sentencia que se lleva a cabo a continuación del proceso ordinario?*

**Tesis:** “[L]a Sala advierte que la Subsección E, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en un defecto procedimental absoluto, por cuanto realizó una exigencia propia de un proceso ejecutivo iniciado a través de una demanda formal, sin advertir que la solicitud presentada por [la Actora]... estaba fundada en el artículo 306 del CGP, es decir, que el trámite de mandamiento de pago debía ser proferido a continuación del proceso ordinario declarativo, por lo que no era necesario que la demandante allegara las sentencias que constituían el título ejecutivo. (...) Así, imponer a la demandante la carga de aportar la sentencia del 21 de mayo de 2009, y, asimismo, hacerle correr con las consecuencias de la omisión en que incurrió la Secretaría del Juzgado de

desarchivar el proceso, constituyen un defecto procedimental absoluto, pues el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se apartó del procedimiento legalmente establecido en el artículo 306 del CGP y obstaculizó la realización del derecho sustancial a partir de exigencias que no resultaban aplicables en esta ocasión. Lo anterior significa que el defecto procedimental identificado en la providencia consiste en que la autoridad judicial se apartó del trámite procesal aplicable al caso, y no a un exceso ritual manifiesto dentro del proceso ejecutivo, como podría derivarse de la consideración del a quo constitucional. En efecto, en tanto que el exceso ritual manifiesto supone exceder las cargas formales dentro del procedimiento aplicable, en esta ocasión, el defecto se presentó en que el tribunal accionado, partió de una exigencia impropia del trámite de cobro iniciado por la parte ejecutante. Esta precisión tiene importancia para hacer claridad en que la ratio decidendi del presente fallo se basa en el defecto por inaplicación de las reglas del procedimiento de cobro regulado en el artículo 306 del CGP, y no por un exceso de ritualidades dentro del proceso ejecutivo.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 9 de diciembre de 2019, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 11001-03-15-000-2019-03927-01\(AC\).](#)

## **6. El incidente de nulidad constituye un medio ordinario de defensa judicial idóneo y eficaz para retrotraer la actuación y ordenar la vinculación de un sujeto a un proceso, lo que hace improcedente la acción de tutela.**

**Síntesis del caso:** *El Juez Civil del Circuito de Lórica – Córdoba promovió una acción de tutela contra el Juzgado Sexto Administrativo de Montería – Córdoba por considerar que, con ocasión de la decisión de compulsar copias en su contra contenida en el auto de 27 de octubre de 2016, dictado en el trámite de una acción popular, se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y de acceso a la administración de justicia, ya que no fue vinculado al trámite de esa acción antes de adoptarse tal decisión.*

**IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / INCIDENTE DE NULIDAD - Medio ordinario de defensa judicial, idóneo y eficaz**

**Problema Jurídico:** *¿La acción de tutela cumple con el requisito general de subsidiariedad cuando se instaura contra providencias judiciales, teniendo en cuenta que el accionante podía proponer el incidente de nulidad procesal contra la decisión que ordenó compulsar copias en su contra?*

**Tesis:** “La Sala advierte que en el caso examinado, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para que el hoy tutelante exponga su desacuerdo con la providencia judicial que cuestiona –la cual se profirió en cumplimiento de un deber legal–, ni mucho menos para que solicite la nulidad de la acción popular en la que se dispuso la compulsión de copias de su actuación como Juez Civil del Circuito de Lorica, por considerar que se le debió vincular formalmente al trámite de esa acción antes de adoptarse tal decisión. Para tal fin, el actor debió proponer el incidente de nulidad

correspondiente, una vez comunicado el auto cuestionado el 21 de noviembre de 2016 (...), invocando la causal que expone en sede de tutela. Sin embargo, no lo hizo. Por lo tanto, se concluye que el actor no agotó todos los mecanismos judiciales de protección con que contaba para la defensa de los derechos que invoca. (...) En el presente asunto, se advierte que el auto cuestionado se profirió el 27 de octubre de 2016, decisión que se le comunicó al accionante el 21 de noviembre de 2016. Y la solicitud de amparo se presentó el 8 de octubre de 2019, es decir, cuando habían transcurrido 2 años, 10 meses y 17 días contados a partir de la notificación de la providencia a la cual el actor le atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales. Esto permite inferir que la situación del tutelante no presenta el carácter de urgencia que caracteriza a las acciones de tutela. “

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 23 de enero de 2020, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación 23001-23-33-000-2019-00398-01\(AC\).](#)

## **7. La ausencia de un procedimiento administrativo para obtener el registro de cabildo indígena en contexto de ciudad vulnera el derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica de las comunidades indígenas.**

**Síntesis del caso:** *El pueblo Misak residente desde hace más de 50 años en la ciudad de Cali – Valle del Cauca, se ha visto obligado, por diversas razones, al desplazamiento de su territorio de origen en el Resguardo de Guambia en el municipio de Silvia – Cauca; sin embargo, han procurado en esta vivencia fuera de su territorio ancestral su permanencia cultural y la pervivencia espiritual, física, comunitaria y territorial. Para el efecto, el 30 de abril de 2018, el Cabildo indígena tutelante radicó derecho de petición ante el Ministerio del Interior - Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, con el fin de que se realizara el registro de esa autoridad. Sin embargo, la entidad resolvió negar la petición. El 10 de julio de 2018, el Cabildo accionante reiteró su petición ante la misma entidad, la cual fue negada el 23 de julio de 2018, tras considerar que en la actualidad no existe una política pública que permitiera la inscripción de cabildos indígenas en contexto de ciudad.*

### **ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA / RECONOCIMIENTO DE CABILDO INDÍGENA URBANO / COMUNIDAD INDÍGENA EN CONTEXTO DE CIUDAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA DE LA COMUNIDAD INDÍGENA**

**Problema Jurídico:** *¿Si se vulneró el derecho fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica del Cabildo Misak Nu Pachik Chak Santiago de Cali, ante la negativa del Ministerio del Interior de proferir el registro del mismo?*

**Tesis:** “[E]sta Sala considera necesario amparar los derechos fundamentales vulnerados a la comunidad indígena Misak Nu Pachik Chak al no registrar a su cabildo y ordenar al Ministerio del Interior – Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, que se realice el estudio etnológico a esta comunidad, de conformidad con los parámetros fijados en la sentencia T-792 de 2012, tendientes a verificar que: (i) los miembros que

pertenecen a la comunidad se auto-reconocen como indígenas; (ii) puede corroborarse que la comunidad está adelantando un proceso de reconstrucción étnica; (iii) este proceso se realiza de buena fe, y sin la intención de apropiarse indebidamente de los recursos del Estado o de abusar de los derechos de los pueblos indígenas; y (iv) aun cuando los anteriores elementos estén presentes, la protección de otros principios constitucionales involucrados, o la aplicación de las reglas del derecho de la sociedad mayoritaria, no reviste una mayor importancia que la protección del proceso de reconstrucción étnica en el caso concreto.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 5 de marzo de 2020, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 76001-23-33-000-2019-00819-01\(AC\).](#)

## 8. Se determina la aplicación de la regla jurisprudencial de reserva legal limitada de los exámenes practicados en los concursos de méritos, para las pruebas de Estado SABER PRO.

**Síntesis del caso:** *El tutelante presentó las pruebas SABER PRO, y, una vez le notificaron su resultado, ejerció las reclamaciones a que había lugar. Al confirmársele su resultado inicial, solicitó que se le permitiera acceder a la prueba escrita. El ICFES negó esta solicitud, por lo que formuló recurso de insistencia de petición de información. El Tribunal de Cundinamarca consideró que se debía mantener la reserva legal en esta clase de exámenes. La Sección Quinta de esta Corporación determinó que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante, pues, de una parte, no se encuentra un fundamento normativo cuyo objeto sea el de limitar el acceso de los participantes, de las pruebas SABER PRO, a sus propias respuestas. Y, de otra, no se aplicó la línea jurisprudencial según la cual, en los exámenes realizados en el marco de concursos de méritos la reserva legal es limitada.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / RECURSO DE INSISTENCIA EN PETICIÓN DE INFORMACIÓN / ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA – Límites / RESERVA LEGAL EN LOS EXÁMENES SABER PRO / PRECEDENTE JUDICIAL SOBRE LEVANTAMIENTO DE LA RESERVA LEGAL – Aplicación / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO**

**Problema Jurídico:** *[¿Se] procederá a estudiar si la decisión del Tribunal accionado es razonable al concluir que en el presente caso se debe aplicar la reserva legal a las respuestas del examen de Estado de calidad de la educación superior Saber Pro[?].*

**Tesis:** “[L]a información que reposa en el banco de preguntas del ICFES goza de reserva, sin embargo, la Sala no encuentra norma Constitucional o legal que limite el acceso a que cada participante tenga acceso

a sus propias respuestas por lo que, la interpretación dada por el ICFES y por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, vulnera el derecho al debido proceso de los interesados, al no permitírsele al examinado que reclama tener acceso a las respuestas dadas por él, restringiendo considerablemente su derecho a controvertir las pruebas que son materia de inconformismo. (...) En cuanto al alegato del tribunal accionado y del ICFES, respecto a que la jurisprudencia de acceso a las pruebas de co-

nocimiento únicamente resulta aplicable en el desarrollo de concurso de méritos para acceder a los distintos cargos públicos y no en el caso que nos ocupa, esta Sección discrepa con los impugnantes, pues considera que es viable aplicar la regla jurisprudencial de levantar la reserva de ciertos documentos que se utilizan en los exámenes de conocimiento para dar prioridad al derecho de defensa y al debido proceso.

(...) Es por lo anterior, que para esta Sala es posible aplicar, en el caso que nos ocupa, el criterio jurisprudencial consistente en el levantamiento de la reserva legal para el participante del concurso de méritos que solicita acceder a su prueba de conocimientos, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los que goza el actor.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 13 de febrero de 2020, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 11001-03-15-000-2019-04665-01\(AC\).](#)

# ACCIÓN POPULAR

## 1. Hay lugar a revocar la sanción impuesta en desacato por el incumplimiento de medidas cautelares si se profirió sentencia definitiva por sustracción del elemento objetivo.

**Síntesis del caso:** *En el trámite de primera instancia se decretaron medidas cautelares a cargo de los accionados las cuales no fueron cumplidas a cabalidad; en consecuencia, se adelantó incidente de desacato en el que se determinó sancionar por el incumplimiento. Mientras se surtía el grado jurisdiccional de consulta de la sanción impuesta, se profirió la sentencia de segunda instancia que decidió el litigio de manera definitiva.*

**ACCIÓN POPULAR / SANCIÓN POR DESACATO EN LA ACCIÓN POPULAR / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA – Revoca sanción / MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCIÓN POPULAR – Incumplimiento constituía el elemento objetivo del desacato / ELEMENTO OBJETIVO DEL DESACATO – Sustraído por providencia posterior / REVOCATORIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCIÓN POPULAR – Al proferirse la sentencia de segunda instancia**

**Problema Jurídico:** *¿Si la sanción impuesta respetó el debido proceso de las personas sancionadas, si se encuentran configurados los elementos objetivo y subjetivo, propios del régimen sancionatorio; y si la dosimetría de la sanción se ajustó al principio de proporcionalidad?*

**Tesis:** “[L]a Sala observa que: i) el Tribunal Administrativo de Casanare no podía exigir el cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia del 7 de noviembre de 2017 habida cuenta del efecto suspensivo en que concedió el recurso de apelación interpuesto en su contra; ii) sin perjuicio de lo anterior, esa autori-

dad judicial conservó la competencia para pronunciarse respecto del cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas mediante el auto del 7 de diciembre de 2016, cuya finalidad era garantizar el objeto del proceso durante su vigencia; no obstante, iii) Esta Sección resolvió de manera definitiva la controversia mediante la sentencia del 15 de noviembre de 2019, impartiendo las órdenes pertinentes a las empresas Urbanizando Futuro S.A.S., H&S Bienes Raíces S.A.S., Jairo Pezca Cepeda, Fundación la Nueva Granada de los Llanos, Asociación de Vivienda J&G Bienes Raíces, Inversiones Cruz Barrera y Orpe Sabana Constructora S.A.S., así como al Municipio de Yopal y a la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía, amparando

los derechos colectivos cuya vulneración fue acreditada en el proceso. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, actualmente no se configura el elemento objetivo del desacato respecto de las medidas

cautelares adoptadas por el Tribunal Administrativo de Casanare.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 20 de febrero de 2020, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación 85001-23-33-000-2015-00323-05\(AP\)A.](#)

## 2. Los trámites, procedimientos, acciones y operaciones que deban agotar las autoridades administrativas para suministrar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado no pueden convertirse en obstáculo para garantizar el derecho humano al agua potable.

**Síntesis del caso:** *Ante la ausencia de la infraestructura adecuada para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en los sectores “El Pinar” y “Manantiales” de la Vereda Granizal del Municipio de Bello, la población tiene que acudir a sistemas artesanales desprovistos de todo componente técnico de salubridad y seguridad. En virtud de lo anterior, varios ciudadanos ejercieron el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos contra la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio; el Departamento de Antioquia; Empresas Públicas de Medellín y el Municipio de Bello – Antioquia, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la seguridad y salubridad públicas; de acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente. El juez de primera instancia ordenó el suministro del agua con carro tanques, bolsas de agua, bidones o “cualquier otro instrumento conveniente”, así como el suministro del servicio de alcantarillado, mediante la instalación de pozos sépticos. Esta Corporación consideró que las medidas dictadas por el a quo perpetuaban la informalidad de las condiciones de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, la situación de marginación y exclusión social de los habitantes de la Vereda Granizal del Municipio de Bello, así como posibles situaciones de riesgo de desastre a que pueden estar expuestas tales personas.*

**DERECHOS COLECTIVOS A LA SALUBRIDAD PÚBLICA, ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y A QUE SU PRESTACIÓN SEA EFICIENTE Y OPORTUNA / FALTA DE SUMINISTRO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO/ DERECHO AL AGUA POTABLE - Derecho humano indispensable para vivir dignamente / PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN, CONCURRENCIA, SUBSIDIARIEDAD Y COMPLEMENTARIEDAD - Orientadores de la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales**

**Problema Jurídico:** “¿La perturbación de los derechos colectivos invocados, por cuenta de la ausencia de la infraestructura adecuada para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en los sectores “El Pinar” y “Manantiales”

de la Vereda Granizal del Municipio de Bello – Antioquia, le es atribuible a las autoridades accionadas?”

**Tesis:** “La Sala llega a las siguientes conclusiones: i) Las limitaciones u obstáculos de índole técnico, jurídico o físico, constituyen razones legítimas para no

garantizar la conexión de determinados predios a las redes convencionales de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. ii) Sin embargo, ello no desvirtúa la vulneración del derecho humano al agua ni de otros relacionados, y tampoco justifica con suficiencia la omisión en el cumplimiento de la obligación de garantizarles a todas las personas el suministro del mínimo de agua potable indicado por la O.M.S. iii) Independientemente de las dificultades advertidas, de la legalidad o la ubicación del predio donde se requiere el suministro de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, las autoridades están en la obligación de garantizar la prestación de los mismos, a través de cualquier medio idóneo como medida provisional o alternativa para resolver las necesidades básicas insatisfechas de las personas. En otras palabras, los trámites, procedimientos, acciones y operaciones que tenga que agotar la Administración Pública, no deben suponer un obstáculo para garantizarle a las personas el acceso a los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. iv) Dicha obligación se prolongará hasta que se cuente con los estudios, obras, adecuaciones, requisitos o condiciones necesarias para prestar los servicios públicos de acueducto y alcantarillado a través de las redes convencionales. v) Las empresas de servicios públicos

podrán colaborar con las entidades territoriales involucradas, para la realización de las actuaciones administrativas que permitan la conexión de los predios a las redes convencionales de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. Así las cosas, la Sala considera que las limitaciones jurídicas y técnicas esgrimidas por E.P.M. en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, no son suficientes para evadir su aporte a la consolidación de las medidas que se requieren para solucionar la problemática que se presenta en la Vereda Granizal del Municipio de Bello. Por el contrario, de conformidad con su objeto social, E.P.M. podrá suscribir con las autoridades involucradas, convenios, acuerdos o contratos a efectos de repartir las cargas y cooperar con las actividades necesarias para procurar el bienestar general y mejorar la calidad de vida de los habitantes de la Vereda Granizal, mediante la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, atendiendo a los principios de universalidad, calidad, eficiencia, solidaridad y redistribución de ingresos, y asumiendo que en el sector afectado la empresa ya presta otros servicios públicos domiciliarios.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 20 de febrero de 2020, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 05001-23-33-000-2015-02436-01\(AP\).](#)

**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



CONSEJO DE ESTADO  
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

# 1. Mantienen investidura del senador Jonatán Tamayo Pérez electo por la Coalición Lista de la Decencia, por cuanto para la fecha de suscripción del acuerdo la normativa legal no incluía la posibilidad de que las coaliciones se asimilaran a las organizaciones políticas con personería jurídica.

**Síntesis del caso:** *La Sala Plena del Consejo de Estado desestimó la demanda de pérdida de investidura formulada contra el Senador Tamayo Pérez por supuesta incursión en violación al régimen de conflicto de intereses. Coincidió la segunda instancia con el a quo en que para la fecha de suscripción del acuerdo de la "Lista de la Decencia" las normas aplicables a la materia no contemplaban que las coaliciones políticas estuvieran jurídicamente habilitadas para ejercer los derechos de los partidos, movimientos y grupos significativos o en la posibilidad de constituir bancadas. De igual forma señaló que no se encontraron acreditados los elementos estructurales de la desinvestidura solicitada, tales como que los hechos fueran desplegados en ejercicio de las funciones congresales o, que las pruebas acopiadas permitieran concluir que el Senador pretendió obtener para sí o un tercero de los definidos en la norma, un interés particular, real y actual.*

## **CARÁCTER VINCULANTE Y SUPRAPARTIDISTA DEL ACUERDO DE COALICIÓN DE LA LISTA DE LOS DECENTES – Normas aplicables / COALICIONES – No eran asimilables a las organizaciones políticas con personería jurídica**

**Problema Jurídico:** *¿Pueden asimilarse, para el caso concreto, los efectos de que un miembro de la coalición suprapartidista de la lista de los decentes, se apartara de los criterios políticos de dicha coalición con la sanción predicable para los miembros de organizaciones políticas con personería jurídica que procedieran en igual sentido?*

**Tesis:** "[E]n relación con el carácter vinculante y suprapartidista del acuerdo de coalición de la lista de los decentes, la Sala debe realizar un recuento de la normatividad vigente para la fecha de su suscripción -9 de diciembre de 2017-, en consecuencia se observa que: De conformidad con el artículo 13 de la Ley 130 de 1994, los partidos y movimientos que concurren a las elecciones formando coaliciones deben determinar previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña so pena de perder el derecho a la reposición de gastos y, en atención a la Ley 974 de 2005 -por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y se adecua el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas-, únicamente los integrantes de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido, movimiento social o grupo significativo de

ciudadanos, constituyen una bancada en la respectiva cámara. De acuerdo con las normas antes mencionadas, las coaliciones solo estaban reguladas en cuanto a la reposición de gastos de la campaña electoral, por lo tanto no les era aplicable el régimen de bancadas dispuesto para los partidos, movimientos sociales o grupo significativo de ciudadanos. Por otra parte el Acto Legislativo de 01 de 2009 –que modificó el artículo 107 de la Constitución Política- señaló que todos los ciudadanos tienen derecho a fundar, organizar o desarrollar partidos y movimientos políticos, así como a afiliarse o retirarse -sin que puedan pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político-, y tienen autorizado tomar decisiones para la escogencia de candidatos propios o por coalición de acuerdo con sus estatutos y la ley. En atención a lo anterior, el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 reguló la inscripción de candidatos por coalición únicamente para cargos uninominales y el Acto Legislativo 02 de 2015 –que modificó el artículo 262 de la Constitución Política-, permitió que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que sumados hayan obtenido una votación de hasta el quince por ciento (15%) de los votos válidos de la respectiva circunscripción, presenten listas de candidatos en coalición para corporaciones públicas. (...) En conclu-

sión, para la fecha de suscripción del acuerdo, la normativa legal no incluía la posibilidad de que las coaliciones se asimilaran a las organizaciones políticas con personería jurídica –partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos- ni existía norma expresa que estableciera su carácter vinculante o sanción alguna -menos aun la pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses- para

los integrantes que se apartaran de sus criterios políticos. En ese sentido, no era dable entender –para la fecha suscripción del acuerdo- que las coaliciones políticas estuvieran jurídicamente habilitadas para ejercer los derechos de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos, tales como la declaración política –oposición, independiente y de gobierno- o la posibilidad de constituir bancadas”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 28 de enero de 2020, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 11001-03-15-000-2019-02135-01 \(PI\).](#)

## 2. Confirman sentencia que negó la pérdida de investidura del ex representante a la Cámara Nevardo Eneiro Rincón Vergara.

**Síntesis del caso:** *Se requirió decretar la pérdida de investidura del exrepresentante a la Cámara Nevardo Eneiro Rincón Vergara, elegido para el período constitucional 2014-2018, porque, en criterio del demandante, este violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 183.1 de la Constitución Política, por haber celebrado un contrato verbal de suministro y transporte de ladrillos con una sociedad integrante de una unión temporal contratista del Estado, incompatibilidad prevista en el artículo 180.4 ibídem, concluyéndose en segunda instancia por parte de la Sala Plena que no fueron acreditados por el actor los elementos de la causal invocada y por ende el cargo carecía de vocación de prosperidad.*

**PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Se vulnera si se condena al demandado por objeto distinto al pretendido en la demanda / SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – No puede reemplazarse, ser adicionada o mejorada con los argumentos de la contestación de la demanda / NATURALEZA DEL PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Difiere de la acción penal**

**Problema Jurídico1:** *¿Es posible adicionar el señalamiento contenido en la demanda de pérdida de investidura con fundamento en manifestaciones efectuadas en documentos adicionales del proceso, como por ejemplo la contestación que el Congresista haga de la demanda?*

**Tesis 1:** “El recurrente afirmó que los extremos del litigio están integrados por los escritos de la solicitud y de la contestación. Adujo que la parte acusada, en el documento de oposición, se refirió expresamente al verbo rector “gestionar” y expuso argumentos al respecto, por lo que era obligación constitucional y legal estudiar y analizar en el fallo esa participación modal del exrepresentante. Además, precisó que en el proceso quedó plenamente establecida la gestión del exrepresentante a la Cámara en la celebración del contrato de suministro y transporte de ladrillos. Puntualizó que el proceso de pérdida de investidura es

sancionatorio y, por tanto, le resultan aplicables los principios del derecho penal. Como consecuencia, la Corte Suprema de Justicia ha acogido de manera excepcional el principio de flexibilidad de la congruencia, en aquellos casos en que la sentencia se aparta de la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación. (...) Análisis de la Sala: El argumento planteado por el recurrente no tiene vocación de prosperidad, puesto que, de acogerse, se vulnerarían de manera grave las garantías esenciales del principio-derecho al debido proceso del acusado. Como se precisó en líneas anteriores, la pérdida de investidura consiste en un proceso de naturaleza sancionatoria, de modo que operan todas y cada una de las garantías del debido proceso, entre otras, el derecho de defensa y de contradicción, así como la garantía de no autoincriminación. No es posible que la solicitud de pérdida de investidura se remplace, adicione o mejore con algunos

de los argumentos expuestos en el escrito de contestación u oposición a dicha solicitud, por cuanto, además de desconocerse el principio de congruencia (debido proceso), también se afectaría el elemental principio de todo juicio sancionatorio, como lo es el de la no autoincriminación. En tal virtud, resultan inadmisibles las razones propuestas por el solicitante en el recurso de apelación, por cuanto implicarían una grosera trasgresión de los derechos fundamentales de defensa y al debido proceso del excongresista acusado. Lo anterior, toda vez que la solicitud de pérdida de investidura se circunscribió a la incompatibilidad alegada con el verbo rector “celebrar”, de allí que no puede la Sala, motu proprio, abordar el análisis de la conducta del señor Nevardo Eneiro Rincón Vergara, sobre verbos y supuestos que no fueron objeto del petitum de la solicitud. En efecto, en esta el solicitante se limitó a indicar que era procedente la pérdida de investidura del congresista investigado, porque: “En el mes de noviembre de 2016, teniendo la calidad de Representante a la Cámara, el señor Nevardo Eneiro Rincón Vergara celebró contrato VERBAL, con el representante legal de la Unión Temporal G-S-R, cuyo objeto contractual consistió en el ‘suministro de quinientos mil (500.000) ladrillos Tolete, a un valor de cuatrocientos pesos (\$400) por unidad, para un total de doscientos millones de pesos (\$200’000.000)”

**Problema Jurídico2:** *¿Es posible equiparar la solicitud de pérdida de investidura a la imputación que realiza la Fiscalía por la comisión de un delito, para efecto de hacer extensivos los principios de este último en los procesos de desinvestidura?*

**Tesis 2:** No es posible equiparar la solicitud de pérdida de investidura a la calificación de la conducta que efectúa la Fiscalía en relación con la comisión de un delito. En efecto, la acción de pérdida de investidura es de naturaleza ciudadana, pero no se ejerce de forma privativa por ningún tipo de autoridad jurisdiccional. Además, de conformidad con la remisión del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018, a la solicitud de pérdida de investidura le son aplicables las normas contenidas en las Leyes 1437 de 2011 “CPACA” y 1564 de 2012 “CGP”, por lo que no podrían hacerse extensivos los preceptos relativos al proceso penal contenidos en la Ley 906 de 2004, salvo en aspectos relacionados con los principios o brocardos que integran las garantías esenciales del debido proceso y del derecho de defensa que son propias de cualquier juicio sancionatorio, tal y como lo ha sostenido esta misma Sala: “[N]o puede tenerse por confesado un hecho proveniente de la manifestación efectuada por el apoderado judicial del demandado en la contestación de la demanda referente al voto afirmativo en la aprobación del proyecto de acuerdo que se convertiría en el Acuerdo núm. 073 de 2002, por cuanto no es posible aplicar el artículo 193 del Código General del Proceso, al ser incompatible con la naturaleza sancionatoria de los procesos contencioso-administrativos con pretensión de pérdida de investidura”. La solicitud de pérdida de investidura se rige por el principio de congruencia contenido en el artículo 281 del C.G.P. y, por tanto, no es posible “condenar al demandado por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 11 de febrero de 2020, C.P. María Adriana Marín, radicación: 11001-03-15-000-2019-00911-01 \(PI\).](#)

**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SECCIÓN PRIMERA

**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



CONSEJO DE ESTADO  
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

1. Es válida la expresión “especialista en radiología e imágenes diagnósticas” contenida en la descripción y en el estándar de talento humano para la prestación del servicio de radiología e imágenes diagnósticas de baja complejidad, contenida en el Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud adoptado por la Resolución 1441 de 2013, siempre que se entienda que comprende a los médicos especialistas que en su pensum o formación académica hayan adquirido los conocimientos del manejo e interpretación del espectro electromagnético, del ultrasonido especialmente, así como de las radiaciones ionizantes para establecer el diagnóstico y/o el tratamiento de las enfermedades inherentes a sus especialidades que lo acrediten en el respectivo certificado.

*Síntesis del caso: Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad parcial de la Resolución 1441 del 6 de mayo de 2013, “Por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones”, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, porque vulnera el parágrafo del artículo 4 de la Ley 657 del 7 de junio de 2011, así como los derechos de los profesionales de la medicina con especialización en salud familiar habilitados por disposición legal, por no incluir en el aparte de talento humano a los médicos especialistas de que trata la norma transgredida.*

**ESPECIALIDAD MÉDICA EN RADIOLOGÍA E IMÁGENES DIAGNÓSTICAS – Regulación / REALIZACIÓN DE IMÁGENES DIAGNÓSTICAS POR MÉDICOS ESPECIALISTAS SIN TITULACIÓN / SERVICIO DE RADIOLOGÍA E IMÁGENES DIAGNÓSTICAS DE BAJA COMPLEJIDAD – Estándares para su prestación / SERVICIO DE RADIOLOGÍA E IMÁGENES DIAGNÓSTICAS DE BAJA COMPLEJIDAD – Lectura de exámenes diagnósticos por especialistas sin titulación / EJERCICIO DE LA ESPECIALIDAD MÉDICA EN RADIOLOGÍA E IMÁGENES DIAGNÓSTICAS – Restricción / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS EN LAS QUE DEBÍA FUNDARSE / MANUAL DE HABILITACIÓN DE PRESTADORES DE SERVICIOS DE SALUD – Validez condicionada**

**Problema jurídico:** *¿Es nulo por infringir las normas en las que debería fundarse el estándar de talento humano que en el Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud, definió como criterio para la prestación del servicio de radiología e imágenes diagnósticas de baja complejidad, que la lectura de los exámenes diagnósticos sería realizada por un médico especialista en radiología e imágenes diagnósticas?*

Tesis: “[N]o le era dable al Ministerio demandado establecer una restricción en el ejercicio de la especialidad médica de radiología e imágenes diagnósticas, a través del aparte contenido en el acto administrativo acusado que determinó los estándares para la prestación del servicio de radiología e imágenes diagnósticas de baja complejidad; por lo que la inobservancia del parágrafo

del artículo 4 de la Ley 657 de 2001, constituye un desconocimiento al propósito del legislador de ampliar dicha actividad a las demás especialidades en medicina en razón a su estrecha relación con éstas y la utilidad que tiene para efectos diagnósticos y terapéuticos, como se expuso en líneas atrás. Así las cosas, la Sala concluye que el Ministerio demandado infringió las normas en que debería fundarse al disponer en el Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud como estándar de talento humano para la prestación del servicio de radiología e imágenes diagnósticas de baja complejidad, la supervisión de un médico especialista en radiología e imágenes diagnóstica; asimismo, que la lectura de los exámenes diagnósticos sería realizada por un médico con la mencionada especialidad. En consecuencia, la Sala declarará la validez condicio-

nada de la expresión “especialista en radiología e imágenes diagnósticas” prevista en la descripción y en el estándar de talento humano para el servicio de radiología e imágenes diagnósticas de baja complejidad contenido en el Manual de Habilitación de Prestadores de Servicios de Salud adoptado por la Resolución nro. 1441 de 2013, en el entendido que también comprenderá a los médicos especialistas quienes en su pensum o formación académica hayan adquirido los conocimientos del manejo e interpretación del espectro electromagnético, del ultrasonido especialmente, así como de las radiaciones ionizantes para establecer el diagnóstico y/o el tratamiento de las enfermedades inherentes a sus especialidades siempre que lo acrediten en el respectivo certificado, conforme con lo establecido por el parágrafo del artículo 4 de la Ley 657 de 2001.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de diciembre de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2013-00503-00.](#)

## 2. Los actos que se pronuncian sobre las excepciones previas en un proceso de jurisdicción coactiva son objeto de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se rigen por el procedimiento del Estatuto Tributario.

**Síntesis del caso:** *La sociedad Empresas Municipales de Cali – EMCALI EICE ESP presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para obtener la nulidad de los actos expedidos por el Tesorero General Municipal, mediante los cuales decidió, en forma negativa, las excepciones presentadas contra el mandamiento ejecutivo dictado en el proceso de cobro coactivo de la tasa prodeporte municipal. El juez de primera instancia declaró de oficio la excepción de inepta demanda y, en consecuencia, se inhibió de resolver de fondo el asunto.*

**PROCEDIMIENTO PARA EL COBRO COACTIVO ADMINISTRATIVO – Del Estatuto Tributario / COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO – Actos demandables / ACTO QUE RESUELVE EXCEPCIONES PREVIAS EN PROCESO DE JURISDICCIÓN COACTIVA – Es demandable en acción de nulidad y restablecimiento / FALLO INHIBITORIO – Improcedencia**

**Problema jurídico:** “[P]rocedía la decisión inhibitoria en el asunto sometido a examen bajo la consideración de que el procedimiento coactivo al haberse tramitado antes de expedirse la Ley 1066, no podía ser estudiada por esta jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.”

**Tesis:** “[L]a Sala advierte que en el asunto de la referencia el procedimiento adelantado por el municipio de Cali se gobernó por las normas del Estatuto Tributario, es decir, que comprendía que las decisiones dictadas en desarrollo de este proceso, específicamente aquellas que resolvieron las excepciones propuestas podían

ser objeto de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los términos del transcrito artículo 835 del Estatuto Tributario, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esta conclusión desvirtúa el razonamiento del Tribunal para descartar que solo a partir de la expedición de la Ley 1066 es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar los actos que resuelven las excepciones en los procesos de cobro coactivo, en tanto está evidenciado que, en materia tributaria, y respecto de los cobros de tasas, multas y recaudos y en competencias similares y extensivas para los entes territoriales, dicho cobro se sujetó al régimen fijado por el

Estatuto Tributario. [...] Este razonamiento identifica, contrario a lo que explicó el Tribunal, que bajo el Estatuto Tributario preexistía un procedimiento administrativo de cobro coactivo que posibilitaba que los actos regulados bajo esa normativa y en relación con las entidades que debían aplicarlo antes de la expedición de la Ley 1066, los actos que resolvían las excepciones eran susceptibles de “demanda” ante la jurisdicción

contenciosa administrativa vía acción de nulidad y restablecimiento del derecho. De lo anterior, se concluye que este primer reproche con el que se cuestionó el fallo inhibitorio del a quo impone la decisión de revocar y, en su lugar, para garantizar el examen de los cargos que se plantearon contra las resoluciones demandas y la doble instancia, el proceso retorne al Tribunal para lo pertinente.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de diciembre de 2019, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 76001-23-31-000-2006-02039-01.](#)

### 3. No hay ley que establezca los contratos susceptibles de aplicación de la atribución establecida en el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política ni que faculte a las asambleas para determinarlos o para reglamentar el trámite de la autorización de que trata el mismo.

**Síntesis del caso:** *Se presentó demanda para obtener la nulidad del Capítulo 7° de la Ordenanza 027 de 30 de noviembre de 2011, “Por medio de la cual se expide el reglamento interno de la Asamblea Departamental del Guaviare, se derogan unas ordenanzas y se dictan otras disposiciones”,*

**FACULTAD DE ASAMBLEA PARA AUTORIZAR AL GOBERNADOR PARA CELEBRAR CONTRATOS – Alcance / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Límites a reglamentación de autorización a gobernador para contratar / PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD – Vulneración / FALTA DE COMPETENCIA DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL – Para reglamentar la autorización para celebrar contratos ni su trámite**

**Problema jurídico:** “[D]eterminar si a través del acto administrativo acusado, la Asamblea, al reglamentar las autorizaciones que le debe conferir al Gobernador del Guaviare para celebrar los contratos, intervino o interfirió en la dirección y control de la actividad contractual que tiene a su cargo dicho funcionario o se extralimitó en el cumplimiento de la atribución establecida en el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política, y por lo tanto, transgredió dicha norma y los artículos 305, numeral 2 *ibidem*; y 11, numeral 3; 25, numeral 11 de la Ley 80 de 1993.”

**Tesis:** “[N]o es procedente que las asambleas les exijan a los gobernadores contar con una autorización previa para celebrar todos y cada uno de los contratos que suscriba la administración departamental, sino que dicha atribución debe estar claramente restringida para casos concretos, los cuales se entienden fuera de la competencia general atribuida directamente a dichos mandatarios por la Ley 80 de 1993. Es importante recordar que esta Sala, en un asunto similar, dejó claro que la atribución constitucional relacionada con autorización de contratación que tienen los concejos municipales frente a

los alcaldes, –que es la idéntica a la que tienen las asambleas frente a los gobernadores-, no abarca todos los contratos que deba suscribir el ente territorial, sino aquellos que la corporación considere pertinente, bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad. [...] Así las cosas, es claro que los gobernadores no requieren una autorización general para contratar por parte de las asambleas, teniendo en cuenta que la misma fue otorgada directamente por la Ley 80 de 1993, por lo tanto, la atribución a la que se refiere el numeral 9 del artículo 300 de la Constitución Política, únicamente se restringe a ciertos casos de contratos que tengan norma especial que exige una autorización previa de la asamblea para efectos de la celebración de contratos. Cabe resaltar que en los casos en que exista norma especial que obligue al Gobernador a solicitar una autorización específica para poder celebrar cierto tipo de contrato, la reglamentación que sobre el particular expidan las asambleas debe respetar a cabalidad los principios de proporcionalidad y razonabilidad, pues el mandatario departamental es el que ejerce la función de director de la actividad contractual del ente territorial, en conse-

cuencia, so pretexto de reglamentar el trámite de las autorizaciones excepcionales, las corporaciones de elección popular departamentales no pueden interferir en los procesos de contratación o coartar las competencias constitucionales y legales que tienen los gobernadores en esa materia. [...] [L]a Sala considera que la decisión del a quo fue ajustada a derecho, toda vez que no hay norma especial alguna que establezca que los contratos de que trata el numeral 2 del artículo 265 de la Ordenanza núm. 027 de 2011, deben cumplir con la autorización previa y excepcional prevista en el numeral 9 del artículo 300 constitucional. Tampoco se advierte ley que faculte a la Asamblea para determinar cuáles deben ser esos contratos, por lo tanto, dicha corporaciones de elección popular no tenía competencia legal para regular el tema. En efecto, si bien el numeral 9 del artículo 300

de la Constitución Política le atribuye a las asambleas la función de autorizar al gobernador del departamento para celebrar contratos, -atribución que debe entenderse limitada a los casos excepcionalmente previstos por la ley, [...], es el legislador el competente para reglamentar su aplicación o para delegar directamente a la referida corporación de elección popular la posibilidad de hacerlo, como lo hizo en el caso de los concejos en virtud de lo previsto en el numeral 3 y parágrafo 3º del artículo 32 de la Ley 136 de 1994. En el presente asunto, la Asamblea, sin ninguna ley que le otorgara dicha facultad, estableció autónomamente cuáles eran los contratos que debían cumplir el requisito de la autorización excepcional previa, supliendo al legislador, lo cual es una evidente extralimitación de sus funciones.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 30 de enero de 2020, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 50001-23-33-000-2017-00266-01.](#)

#### **4. Se niega la nulidad del acto por medio del cual se expide el reglamento técnico que señala los requisitos que deben cumplir los tubos de acueducto, alcantarillado, los de uso sanitario y los de aguas lluvias y sus accesorios que adquieran las personas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado.**

**Síntesis del caso:** Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de la Resolución 329 de 26 de mayo de 2005, “[...] Por la cual se presenta el proyecto de resolución, “por la cual se resuelve por vía general que es necesario expedir un reglamento técnico de tuberías de acueducto y alcantarillado y sus accesorios, con el fin de garantizar la calidad del servicio, y se hace una solicitud en tal sentido al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial”, y se inicia el proceso de discusión con los agentes del sector [...]”; y la Resolución 344 de 17 de noviembre de 2005, “[...] Por la cual se resuelve por vía general la necesidad de expedir un reglamento técnico de tuberías de acueducto y alcantarillado y sus accesorios, en los aspectos de composición química de los materiales y de la estandarización de la información mínima sobre los requisitos técnicos exigibles, para ser aplicado por las personas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado, con el fin de garantizar la calidad del servicio [...]”, expedidas por la Presidenta y el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico; y la Resolución 1166 de 20 de junio de 2006, “[...] Por la cual se expide el Reglamento Técnico que señala los requisitos técnicos que deben cumplir los tubos de acueducto, alcantarillado, los de uso sanitario y los de aguas lluvias y sus accesorios que adquieran las personas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado [...]”, expedida por la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

**COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – Para expedir reglamentos técnicos / REGLAMENTO TÉCNICO / NORMA TÉCNICA COLOMBIANA OFICIAL OBLIGATORIA / REGLAMENTO TÉCNICO QUE ESTABLECE LOS REQUISITOS TÉCNICOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS TUBOS DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO, LOS DE USO SANITARIO, LOS DE AGUAS LLUVIAS Y SUS ACCESORIOS – Legalidad**

**Problema jurídico:** “Si los actos administrativos acusados infringen o no el artículo 8 del Decreto 1112 de 1996, en cuanto a la obligación de expedir reglamentos técnicos con base en las normas técnicas colombianas oficiales obligatorias; y si infringen o no el artículo 39 del Decreto 2152 de 1992, sobre la competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para expedir reglamentos técnicos.

**Tesis:** “[L]a Sala considera que el Decreto 2522 de 2000, que es una norma posterior al Decreto 1112 de 1996, determinó que, una vez eliminado el carácter obligatorio de aquellas normas técnicas colombianas oficiales obligatorias que estuvieran obsoletas y que constituyeran un obstáculo injustificado al comercio, la autoridad administrativa competente (Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para el caso de las tuberías) tenía la competencia para analizar las necesidades actuales y expedir el respectivo reglamento técnico, lo que implica que las autoridades administrativas competentes para expedir reglamentos técnicos, ya no tenían el deber de someterse a las normas técnicas colombianas oficiales obligatorias, por cuanto ya se había determinado que en muchos casos resultaban obsoletas y que era necesario establecer, mediante reglamentos técnicos, nuevos requisitos que se ajustaran a las necesidades actuales del mercado;

sin perjuicio de que se adoptara alguno de los requisitos técnicos contenidos en las normas técnicas colombianas oficiales obligatorias cuando fuese necesario por temas de seguridad y calidad. Por estas razones, se considera que la autoridad administrativa tenía la potestad de determinar qué requisitos contenidos en las normas técnicas, cuya obligatoriedad se había eliminado, eran obsoletas y constituían un obstáculo al comercio, para solo adoptar en el reglamento técnico aquellas que fuesen necesarias para garantizar la seguridad y la calidad de la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado. Por lo tanto, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial no estaba supeditado a expedir el reglamento técnico de tuberías con base en la norma técnica colombiana oficial obligatoria, en primer lugar, porque ya se había eliminado la obligatoriedad de esas normas por un acto administrativo anterior que estaba en firme y se presumía legal, es decir, la Resolución 0370 de 2001 expedida por el Ministerio de Desarrollo Económico, en razón a que constituían un obstáculo innecesarios al comercio y, en segundo lugar, porque el Decreto 2522 de 2000 lo autorizó expresamente para expedir un reglamento técnico, con base en nuevos estudios que determinarían los requisitos mínimos que garantizaran la adecuada prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado y que no afectaran de maneja injustificada el comercio.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de noviembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2007-00089-00.](#)

## 5. Se confirmó la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a unos proponentes, por incurrir en un acuerdo colusorio contrario a la libre competencia dentro de un proceso de licitación de FONADE.

**Síntesis del caso:** CONSTRUCTORA M.P. S.A., M.L. INGENIEROS S.A. y otras personas naturales, presentaron demandada con el objeto de que se declare la nulidad de las resoluciones proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de las cuales le impuso sanción por la infracción al artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

**SANCIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO POR ACUERDO COLUSORIO CONTRARIO A LA LIBRE COMPETENCIA / VALORACIÓN PROBATORIA DE DICTAMEN PERICIAL - Modelo econométrico / ACUERDO COLUSORIO CONTRARIO A LA LIBRE COMPETENCIA – Configuración / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – No vulneración / DERECHOS AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA – No vulneración**

**Problema jurídico:** “[H]abrà de analizarse si las Resoluciones Nos. 64400 de 16 de noviembre de 2011 y 030

*de 5 de enero de 2012, a través de las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción de multa a los actores por transgredir lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico o si por el contrario vulneran normas de superior jerarquía por haberse expedido con violación al debido proceso, con desviación de poder y con transgresión de los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre y con falsa motivación.”*

**Tesis:** “La Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de autoridad administrativa encargada de velar por la protección de las prácticas restrictivas de la libre competencia, debe valorar las pruebas aportadas en la actuación administrativa, de acuerdo con el conocimiento técnico que tiene, de tal manera que a partir de un ejercicio de valoración probatoria, formuló un “modelo econométrico” para apartarse de las conclusiones de la prueba pericial practicada durante la etapa de instrucción por la Delegatura para la Protección de la Competencia, por lo que, el mismo no puede considerarse como una nueva pericial; ii) La decisión sancionatoria se fundó en las pruebas oportunamente practicadas y decretadas dentro de la actuación administrativa, frente a las cuales, los demandantes tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y de contradicción; iii) Las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las conclusiones de la valoración probatoria efectuada por la Superintendencia de Industria y Comercio a través del recurso de reposición, para lo cual, podían aportar elementos de prueba idóneos para desvirtuar las conclusiones a las que arribó la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, al proponer el modelo de “argumentación econométrica” antes descrito; iv) El dictamen pericial decretado en primera instancia rendido por perito adolece de error grave, en tanto que versó sobre una materia u objeto diferente para el cual fue decretado, es decir, se refirió al ejercicio de simulación que efectuó la Superintendencia de Industria y Comercio en el auto de apertura y no al “modelo econométrico” que sustentó la decisión sancionatoria. v) El concepto técnico per se no es una prueba que goza de

la fuerza persuasiva suficiente para desvirtuar el análisis efectuado por la Autoridad Nacional de la Competencia sobre la inexistencia de un acuerdo contrario a la libre competencia. vi) Los testimonios decretados en la primera instancia no desvirtúan el análisis probatorio efectuado por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de expedir los actos administrativos sancionatorios [...] Los recurrentes insistieron en la afectación a la honra y buen nombre los cuales fueron desconocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio al publicar el boletín de 7 de diciembre de 2011, los cuales se encuentran reconocidos por diversos instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, pues la autoridad de la protección de la competencia expidió dicho comunicado de prensa, a pesar de que se encontraban pendientes de resolver los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No. 64400 de 16 de noviembre de 2011, pues la decisión aún no se encontraba ejecutoriada. [...] Ahora bien, analizado el contenido del mencionado comunicado, es posible colegir lo siguiente: (i) De conformidad con la normatividad vigente para la época en que se expidió el mencionado boletín, las investigaciones de carácter administrativo o disciplinario no estaban sujetas a reserva; (ii) La expedición del mencionado boletín se dio en ejercicio del derecho fundamental a informar como componente de la libertad de expresión; (iii) No es cierto que el ejercicio de la libertad de información a cargo de la autoridad de la competencia entró en tensión con los derechos fundamentales al buen nombre y la honra, pues el mencionado boletín no contiene informaciones falsas, ofensivas e inexactas en contra de los accionantes que comprometan la posible responsabilidad social de la Superintendencia de Industria y Comercio; (iv) La información consignada resulta clara, veraz e imparcial. Vale la pena reiterar que la misma decisión comunica que contra la decisión sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio procede el recurso de reposición. En consecuencia, por las razones anotadas, el cargo relacionado con la violación de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre no está llamado a prosperar.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 5 de diciembre de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-24-000-2012-00790-01.](#)

## 6. El Senado es el competente para definir el trazado definitivo sobre límites dudosos a la luz de la constitución de 1886 y para nombrar las comisiones demarcadoras encargadas de definir los límites dudosos entre departamentos.

**Síntesis del caso:** *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de los Decretos 383 de 27 de agosto de 1960, “Por medio del cual se aprueba un acta y se dictan otras disposiciones”, y 2846 de 1 de octubre de 1997, “Por medio del cual se revoca un Decreto”, ambos expedidos por el Gobernador del Departamento de Antioquia.*

**PROCEDIMIENTO DE DESLINDE Y DE LÍMITES DUDOSOS ANTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 / COMPETENCIA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1886 – Para definir los límites dudosos / LÍMITES ENTRE DEPARTAMENTOS / PROCEDIMIENTO DE DESLINDE Y DE LÍMITES DUDOSOS PREVISTO EN LA LEY 62 DE 1939 – Desconocimiento / FALTA DE COMPETENCIA DEL GOBERNADOR DE ANTIOQUIA – Para definir límites dudosos / ACTO APROBATORIO DE ACTA DE DESLINDE – Nulidad**

**Problema jurídico:** *“[D]eterminar si los Decretos 383 de 1960 y 2846 de 1997, quebrantaron el principio de legalidad por falta de competencia y por pretermitir el procedimiento diseñado por la ley para la definición de los límites departamentales”*

**Tesis:** “[D]urante la vigencia de la Constitución Política de 1886 la competencia para definir los límites dudosos residía en el Senado de la República, mientras que, a partir de la Constitución Política de 1991 y, en especial, a partir de la promulgación de la Ley 1447 de 2011, es al Congreso de la República, a quien le corresponde definir los límites dudosos y solucionar los conflictos limítrofes de conformidad con el procedimiento previsto en la citada normatividad. De este modo, cabe aclarar que si bien es cierto que la Constitución Política de 1991 tiene aplicación inmediata, pues el artículo 380 del Estatuto Superior prescribió la derogatoria expresa de la Constitución Política de 1886, lo cierto es que tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, ello no comportó la eliminación en bloque del ordenamiento legal anterior, pues se presume la subsistencia de la legislación preexistente en la medida en que se armonice con las nuevas reglas constitucionales. [...] [A] través del Decreto 383 de 1960, el Gobernador del Departamento de Antioquia aprobó el acta del 25 de julio de 1960, contentiva de la reunión realizada por los representantes comisionados por los Gobiernos de los Departamentos de Antioquia y de Córdoba, quienes visitaron la línea limítrofe y acordaron, entre otras, la colocación de un mojón intermedio en “[...] la orilla de la Bahía del Rey, en el mar de Las Antillas, y el Alto de la Laja [...], la definición de la línea limítrofe entre ambos

departamentos “[...] desde el Alto de Carrizal hasta la Serranía de Ayapel [...]” y por último, “precisar la línea limítrofe en el sector oriental de Córdoba”. Como se observa, el Decreto 383 de 27 de agosto de 1960 acordó definir la línea limítrofe en el sur de Córdoba, desde el Alto de Carrizal hasta la Serranía de Ayapel así como la línea limítrofe en el sector oriental de Córdoba. En efecto, resulta claro que se comisionó a funcionarios de los Departamentos de Antioquia y de Córdoba para efectuar la visita de la región limítrofe de dichos entes territoriales, desconociendo el procedimiento previsto en la Ley 62 de 1939 que era claro en disponer que la Comisión Demarcadora designada por el Senado e integrada en la forma prevista por la misma ley, debía proponer un trazado sobre límite dudoso para la aprobación definitiva del Senado con la previa asesoría del Director Nacional de Catastro y del Ingeniero Catastral. Aunado a ello, se tiene que el Gobernador del Departamento de Antioquia, al aprobar de manera “íntegra” el trazado definido por dichos funcionarios comisionados sobre la línea limítrofe desde el Alto de Carrizal hasta la Serranía de Ayapel y la línea limítrofe oriental de Córdoba, se abrogó la competencia del Senado de la República, cuerpo colegiado que a la luz de las normas que fueron analizadas, tenía la atribución de aprobar o “ratificar” el trazado sobre los límites dudosos. En este escenario, es evidente que el Decreto 383 de 1980, no solo se expidió sin sujeción al procedimiento previsto en la Ley 62 de 1939, sino que, además el Gobernador del Departamento de Antioquia usurpó la competencia del Senado de la República, Corporación a la que le correspondía la ratificación definitiva del trazado efectuado por la Comisión Demarcadora sobre los límites dudosos entre los dos departamentos.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de noviembre de 2019, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 05001-23-31-000-2006-03800-01.](#)

**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SECCIÓN SEGUNDA

**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



CONSEJO DE ESTADO  
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

# 1. Se negó la nulidad del Acuerdo 435 de 2013 a través del cual se adelantó la convocatoria 258 de 2013 para la Contraloría General de Antioquia.

**Síntesis del caso:** *Se negó la demanda de nulidad contra Convocatoria 258 de 2013 toda vez que la Comisión Nacional del Servicio Civil tenía competencia para dictar los lineamientos del concurso en ejercicio de las facultades temporales otorgadas por el parágrafo 2, artículo 3 de la Ley 909 de 2004. De otra parte, no vulnera los artículos 40, 121 y 125 de la Constitución Política ni los artículos 27 y 28 de la Ley 909 de 2004 al limitar la inscripción de cada aspirante a solo un cargo, contrario a ello, además de consagrar una medida que respeta el principio de proporcionalidad, fue expedido con sujeción al marco constitucional y legal.*

## LA COMPETENCIA COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO / COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / CARRERAS ADMINISTRATIVAS ESPECIALES / ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA DE LA CARRERA DE LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES

**Problema jurídico 1:** *¿El Acuerdo 435 del 2 de octubre de 2013 fue expedido con falta de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar la carrera de las contralorías territoriales?*

**Tesis 1:** “[...] la Comisión Nacional del Servicio Civil sigue siendo el ente responsable de administrar y vigilar la carrera especial de las contralorías territoriales, mientras el Congreso regula, en definitiva, el órgano en el que recaerá tal labor. Así pues, la pérdida de competencia de la demandada solamente podría verificarse si en el momento en el que expidió la convocatoria a concurso para la Contraloría Departamental de Antioquia el legislador ya hubiera designado otro órgano para el ejercicio de dicha función, lo cual no ha sucedido. [...] la Sala estima que en efecto, el tiempo que ha transcurrido desde la expedición de la Carta Política hasta que se profiere esta providencia ha excedido un término que pueda concebirse como razo-

nable, pues son 29 años sin que se haya dado cumplimiento al mandato constitucional de determinar un régimen especial de carrera administrativa para las contralorías territoriales, no obstante, debe tenerse en cuenta que el Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019, en el parágrafo transitorio del artículo 2, que modificó el artículo 268 Superior, concedió facultades extraordinarias al presidente de la República para regular la materia [...] En esas condiciones, en obediencia de la obligación que el artículo 2 de la Carta impone a las autoridades de la República de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, se considera conveniente atender la solicitud del Ministerio Público y se exhortará al presidente de la República para que dé cumplimiento a lo previsto por el Acto Legislativo 04 de 2019, así como al Congreso de la República para que en caso de que lo anterior no se cumpla, adelante el trámite de la ley que regule el régimen especial de carrera de las contralorías territoriales.

## LA CARRERA ADMINISTRATIVA / LA POTESTAD DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL PARA DICTAR LOS LINEAMIENTOS DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN / LIMITACIÓN A LA INSCRIPCIÓN A UN SOLO CARGO EN LOS CONCURSOS

**Problema jurídico 2:** *¿Se vulneran los artículos 40, 121 y 125 de la Constitución Política y los artículos 27 y 28 de la Ley 909 de 2004 al limitar la inscripción de cada aspirante a solo un cargo?*

**Tesis 2:** “[...] la Subsección A se aparta de la lectura que proponen los demandantes pues entiende que el derecho de acceso a cargos públicos se respeta con la garantía de inscripción de los aspirantes en igualdad de condiciones a un concurso público de méritos, exigencia que se satisface aun cuando, como en el caso de marras, se restringe la inscripción a un solo cargo. Debido a que el alcance que pretende darle la demanda al derecho de acceso a cargos públicos no

se acompasa con lo normativa y jurisprudencialmente se ha definido como el núcleo esencial de aquel, tampoco podría afirmarse, como sugiere aquella, que la entidad demandada se arrogó competencias propias del legislador al limitar, a través de un acto administrativo, un derecho que por ser de rango fundamental solo podría restringirse a través de una ley estatutaria, por lo que queda descartada la configuración de dicho vicio. Aunado a lo anterior, es preciso tener en cuenta que, la Comisión Nacional del Servicio Civil tiene una amplia libertad de configuración que le permite definir el contenido y alcance de todo el proceso de selección, incluida la fase de ins-

cripción, teniendo como única limitante el sometimiento a la Constitución Política, los principios en los que se cimienta el sistema de carrera administrativa y las reglas básicas que define la Ley 909 de 2004.”

**Problema jurídico 3** *¿La expresión «el interesado deberá escoger y decidir su participación, solo en UNA (1) Convocatoria», contenida en el parágrafo del artículo 9 del Acuerdo 435 del 2 de octubre de 2013, ¿contiene una limitación al derecho fundamental de acceso a funciones públicas que no podía ser introducida por la Comisión Nacional del Servicio Civil por tratarse de una materia de reserva de ley estatutaria?*

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 20 de febrero de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2015-00294-00 \(0595-15\).](#)

## 2. La tasa de reemplazo, se encuentra protegida por el régimen de transición para las pensiones reconocidas con fundamento con el Decreto 758 de 1990, en consecuencia, se debe aplicar el régimen anterior siempre que sea más favorable que lo consagrado en la Ley 100 de 1993.

**Síntesis del caso:** COLPENSIONES reconoció una pensión de vejez teniendo en cuenta los requisitos de edad y semanas cotizadas del Decreto 758 de 1990, al acumular un total 1347 semanas, con una tasa de retorno del 78% del promedio de los salarios cotizados durante los 10 últimos años anteriores al reconocimiento, conforme a lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y atendiendo los factores salariales descritos en el Decreto 1158 de 1994. Decisión que fue confirmada por la administración al resolver los recursos de ley.

**PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS AFILIADOS AL INSTITUTO NACIONAL DEL SEGURO SOCIAL / TASA DE REEMPLAZO EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL – Se aplica la norma anterior siempre que sea más favorable que la Ley 100 de 1993 / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN -Determinación con los factores cotizados en los últimos 10 años de servicio.**

**Problema Jurídico:** *¿El ingreso base de liquidación es un elemento protegido por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, para las pensiones reconocidas con fundamento en el Decreto 758 de 1990; y en tal caso, es posible incrementar la tasa de reemplazo al 90%?*

**Tesis:** “Respecto de la tasa de retorno (...), debe reiterar la Sala que en criterio de la Sala Plena del Consejo de Estado, dicho elemento si está protegido por el régimen de transición, y por tanto a quienes sus beneficiarios se les debe garantizar con base en la norma anterior, siempre que les resulte más favorable que la aplicación de la Ley 100 de 1993. Es oportuno recordar, que al demandante le fue concedida una pensión

**Tesis 3:** En punto a lo que es objeto del presente proceso, se advierte que las referidas disposiciones no regularon la manera en que debe surtirse la inscripción de los participantes al proceso de selección, lo que, en armonía con lo ya señalado, permite que el vacío normativo sea suplido con la reglamentación que para tales efectos profiera la CNSC. En tales condiciones, el acto demandado es una manifestación del amplio margen de acción que le asiste a la demandada en ejercicio de la potestad de administrar la carrera administrativa que se le ha atribuido constitucional y legalmente.”

ordinaria de jubilación con base en el Decreto 758 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición, con el 78% del promedio de los salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994. También es pertinente mencionar respecto de la tasa de reemplazo, que dicho régimen en el artículo 20 antes citado, establece una base inicial del 45% incrementada a razón de un 3% por cada 50 semanas adicionales a las primeras 500, sin que exceda el tope de 90%.(...) y teniendo en cuenta que el hilo conductor de ésta providencia indica que para lograr el incremento de la tasa de reemplazo en el régimen del Decreto 758/90, solo son computables las semanas efectivamente cotizadas al ISS o COLPENSIONES, deben desestimarse los

1.742 días, que equivalen a 248.85 semanas.(...) Pues bien, resulta claro así, que la aplicación del Decreto 758/90 dispuesta para el actor en sede gubernativa y validada por el Tribunal de instancia, supuso pensiónarse a los 60 años edad, con el 90% del promedio de salarios cotizados durante los 10 años anteriores al

reconocimiento del derecho, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994. Por ello, la Sala confirmará la sentencia apelada, en cuanto dispuso la reliquidación de la pensión, con el solo incremento de la tasa de reemplazo.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 20 de febrero de 2020, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 25000-23-42-000-2016-05249-01\(4669-18\).](#)

### 3. La declaración de nulidad por el juez ordinario del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, permite conservar el régimen de transición pensional.

**Síntesis del caso:** *Se solicitó por un empleado público el reconocimiento de la pensión de jubilación al Instituto del Seguro Social en aplicación del Decreto 546 de 1971, por considerar que era beneficiario del régimen de transición pensional consagrado en la Ley 100 de 1993. Petición que fue negada por ente previsional con el argumento de que no contaba con el requisito de 15 años de servicio a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral. Reconocimiento pensional que se ordenó por el juez de tutela de manera transitoria, de conformidad con el régimen especial de la Rama Judicial. Decisión que fue atendida por la administración, pero sin tener en cuenta para su liquidación la totalidad de los factores devengados en el último año de servicio. Por lo anterior, se demandó ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Durante el curso del proceso, el juez ordinario laboral declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual.*

**TRASLADO RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA AL DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD- La declaración de nulidad por el juez ordinario permite conservar el régimen de transición pensional / RÉGIMEN PENSIONAL DE LA RAMA JUDICIAL – Aplicación**

**Problema Jurídico:** *“¿Le asiste derecho al accionante al reconocimiento de la pensión de jubilación de conformidad con el artículo 6° del Decreto 546 de 1971, o por el contrario, le es aplicable la Ley 100 de 1993, toda vez que perdió el beneficio del régimen de transición al haberse trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y luego regresar al de prima media con prestación definida, pues no colmaba los 15 años de servicios a la entrada en vigor de aquella normativa?”*

**Tesis:** “El accionante se encontraba amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, puesto que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, no obstante, comoquiera que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y regresó a aquel, sería del caso determinar, en principio, si como consecuencia de tal situación,

perdió los beneficios del régimen de transición de la aludida Ley 100, si no fuera porque, mediante sentencia de 21 de noviembre de 2016, el Juzgado Tercero Laboral de Pasto accedió a las pretensiones formuladas por el aquí actor dentro de la demanda 52001-31-05-003-2014-00425-00 promovida contra Colpensiones, Porvenir y Colfondos, en el sentido de declarar la nulidad de su afiliación a las dos últimas el 12 de mayo de 1995 y el 1° de junio de 2003, en su orden, y que aquel cumplía el requisito de la edad para ser beneficiario del régimen de transición para el 1° de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigor la Ley 100 de 1993. Así las cosas, en atención a que la jurisdicción ordinaria laboral invalidó los traslados efectuados por el accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, se crea la ficción jurídica consistente en que nunca existieron y, en ese orden de ideas, el demandante no perdió los beneficios del régimen de transi-

ción de la Ley 100 de 1993, tal como el Juzgado Tercero Laboral de Pasto lo declaró; todo lo contrario, es acreedor de dicho régimen, al haber tenido, se insiste, más de 40 años de edad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social en pensiones; en

consecuencia, le asiste el derecho a obtener su pensión de jubilación bajo el régimen anterior que lo amparaba (Decreto 546 de 1971) “

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 7 de noviembre de 2019, C.P. Carmelo Perdomo Cueter, radicación 19001-23-31-000-2011-00144-01\(1502-15\).](#)

## 4. Únicamente para efectos pensionales es válido que el cómputo de los tiempos laborales se trámite de manera conjunta dentro del proceso de reconocimiento pensional docente.

**Síntesis del caso:** *El Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación, de conformidad con lo señalado en la Ley 33 de 1985, a docente que no solicitó previamente el reconocimiento de una relación laboral prestada a través de contratos de prestación de servicios con una entidad territorial.*

### RECONOCIMIENTO DE LOS TIEMPOS LABORADOS MEDIANTE CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DOCENTE.

**Problema jurídico:** *¿Es procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación con la inclusión de tiempos laborados a través de contratos de prestación de servicios?*

**Tesis:** “En los casos en donde se persigue el cómputo de los tiempos laborales únicamente para efectos pensionales, estima la Sala como válido que dicha pretensión se trámite de manera conjunta dentro del proceso de reconocimiento de pensional docente, toda vez que su declaración solo tendrá incidencia en cuanto a los aportes pensionales frente a los cuales no opera la prescripción, ni la caducidad,

y por cuanto la entidad o empresa a cuyo cargo esté el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación tiene derecho a repetir contra las entidades y empresas oficiales obligadas al reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda. Lo anterior no obsta para señalar que debe cumplirse con la carga probatoria que encierra el contrato de prestación de servicios docente, a efectos de establecer con claridad el periodo de inicio y terminación de cada contrato, su objeto, la entidad con la cual se celebró el contrato y la entidad a la cual se efectuaron los aportes pensionales, para efectos de determinar la posibilidad de perseguir la cuota parte pensional y la entidad de previsión o ente responsable de ella.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de febrero de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 54001-23-33-000-2014-00363-01\(2960-15\).](#)

# SECCIÓN TERCERA

# 1. La Fiscalía General de la Nación debe responder por la privación injusta de la libertad de una persona, cuando la detención preventiva no fue legal, adecuada, proporcional y razonable.

**Síntesis del caso:** El 11 de noviembre de 2004 funcionarios del Gaucho de la Policía Nacional, procedieron a capturar a los demandantes con fines de interrogación. Después de su detención durante varios días, fueron dejados a disposición de la Fiscalía, la cual los mantuvo privados de la libertad. Dicho ente le precluyó la investigación a la señora y pasado más de un año, el Juzgado Penal del Circuito Especializado absolvió al señor, por errores de procedimiento en la investigación y en la captura. Por lo cual alegaron responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad causados por la Fiscalía General de la Nación.

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / REQUISITOS LEGALES DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REGULACIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / JUSTIFICACIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / FINALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DETENCIÓN PREVENTIVA / REQUISITOS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA / INDICIO GRAVE / EXISTENCIA DEL INDICIO / IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DETENCIÓN ILEGAL / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

**Problema Jurídico 1:** *¿El análisis de las razones por las cuales la Fiscalía General de la Nación consideraba cumplidos los requisitos legales de la detención preventiva, le permite al juez administrativo determinar si dicha detención fue legal, adecuada, proporcional y razonable, es decir, determinar si existían razones que justificaran la privación de la libertad durante el proceso, no sólo si existían indicios?*

**Tesis 1:** “En vigencia de la Ley 600 de 2000, que fue el momento en el que se dispuso detener a las víctimas directas del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, (...) En este caso no se cumplieron dichos requisitos porque: (...) la Fiscalía no contaba con dos indicios graves de responsabilidad en contra de los demandantes (...) El ente acusatorio no justificó la necesidad de la medida de aseguramiento, es decir el cumplimiento de su finalidad legal. (...) Al momento de dictar la medida de aseguramiento, la Fiscalía debía exponer las razones

por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva (...). El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso. (...). Por tratarse de una medida de aseguramiento dictada bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 600 de 2000, el daño causado por la privación de la libertad (...) es imputable a la Nación-Fiscalía General de la Nación, dado que fue esta la entidad que la decretó.”

**EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CAUSALES DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CULPA DE LA VÍCTIMA / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA / VALORACIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE / INEXISTENCIA DE LA CULPA DE LA VÍCTIMA**

**Problema Jurídico 2:** *¿Puede considerarse constitutivo de culpa de la víctima o indicio grave de responsabilidad, el hecho de que el sindicado sea sospechoso por incurrir en contradicciones al momento de narrar las circunstancias de modo y lugar antes de su captura?*

**Tesis 2:** “A la luz del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, el estudio de la culpa de la víctima debe versar sobre las conductas realizadas por la persona privada de la libertad vinculadas al proceso penal, lo que excluye el estudio de aquellas preprocesales que ya fueron objeto de estudio por parte del juez penal. El hecho de

que el sindicado sea <<sospechoso>> de un delito no puede considerarse como constitutivo de culpa de la víctima. (...) Si bien las víctimas directas del daño incurrieron en contradicciones al momento de narrar las circunstancias de tiempo y lugar en la que se encontraban antes de llegar al establecimiento donde fueron capturados, esta conducta no puede considerarse como una actuación procesal dirigida a provocar su propia detención desarrollada con dolo o con culpa grave. Y ya se explicó que ella tampoco puede calificarse de indicio grave de responsabilidad.)”

## PERJUICIO INMATERIAL / CLASES DE PERJUICIO INMATERIAL / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PERJUICIO INMATERIAL / DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / DAÑO A LA SALUD / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / DAÑO AUTÓNOMO / CAPACIDAD PSICOFÍSICA / CAPACIDAD SICO-FÍSICA / FALTA DE PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA

**Problema Jurídico 3:** *¿Para indemnizar el daño a la salud debe demostrarse una afectación corporal o psicofísica por parte de la víctima?*

**Tesis 3:** “La Sala negará la indemnización del daño a la vida de relación solicitado por los demandantes. Aunque la denominación de dicha tipología de perjuicio se modificó a partir de la sentencia de unificación del 14 de septiembre del 2011, en la cual la Sala Plena

de la Sección Tercera del Consejo de Estado adoptó la tipología del daño a la salud, la acreditación de dicho daño está sujeta a la demostración de una afectación corporal o psicofísica sufrida por la víctima, la que no fue demostrada en el sub iudice.”

**Nota de Relatoría:** Sobre la reparación del daño a la salud, consultar providencia de 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031, C.P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de febrero de 2020, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 20001-23-31-000-2009-00032-01\(40117\).](#)

## 2. La acción de reparación directa por enriquecimiento sin justa causa procede para proteger el derecho fundamental a la educación de las personas desmovilizadas, por ello, los entes territoriales no pueden dejar de remunerar dichos servicios a quien los preste, siempre que haya actuado de buena fe.

**Síntesis del caso:** *La Fundación San Sebastián de Urabá promovió acción de reparación directa por enriquecimiento sin justa causa, por el menoscabo económico que, a su juicio, le causó el departamento de Antioquia -Secretaría de Educación para la Cultura- como consecuencia de la no remuneración de los servicios educativos que prestó a la población desmovilizada, desplazada y vulnerable del municipio de San Pedro de Urabá, desde el 15 de enero hasta el mes de julio de 2007.*

**DERECHO A LA EDUCACIÓN / CONFLICTO ARMADO / DESMOVILIZADO / BENEFICIOS SOCIOECONÓMICOS A DESMOVILIZADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / REINSERCIÓN DE GRUPO ARMADO DESMOVILIZADO / BENEFICIOS DEL REINSERTADO / PROGRAMA PARA LA REINCORPORACIÓN A LA VIDA CIVIL DE GRUPOS ALZADOS EN ARMAS / DESPLAZADO / BENEFICIOS DEL DESPLAZADO / VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO**

**Problema Jurídico 1:** *¿Las Secretarías de Educación departamentales, municipales y distritales tienen la obligación de adoptar programas educativos especiales para la reinserción de las personas desmovilizadas del conflicto armado y desplazadas, a cargo de su presupuesto?*

**Tesis 1:** “El fundamento jurídico del derecho a la educación para las personas desmovilizadas de los conflictos armados, desplazados y vulnerables (...) En conclusión, todas las normas citadas permiten esta-

blecer que era obligación de las Secretarías de Educación departamentales, municipales y distritales, adoptar programas educativos especiales para la reinserción de las personas desmovilizadas del conflicto armado, así como para las víctimas del desplazamiento por la violencia, lo cual deben hacer con recursos de sus respectivos presupuestos, directamente y a través de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. (...)”

**ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA / AUMENTO DEL PATRIMONIO / DISMINUCIÓN DEL PATRIMONIO / DESMOVILIZADO / BENEFICIOS SOCIOECONÓMICOS A DESMOVILIZADO / DESPLAZADO / BENEFICIOS DEL DESPLAZADO / VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO**

**Problema Jurídico 2:** *¿Debía la Fundación San Sebastián continuar con la prestación del derecho fundamental a la educación de desmovilizados y desplazados, aunque no existiera un contrato con el departamento de Antioquia, con lo cual dicho ente territorial obtuvo un enriquecimiento sin justa causa?*

**Tesis 2:** “Ventaja o beneficio patrimonial y empobrecimiento correlativo. Está acreditado que el departamento de Antioquia resultó favorecido por la prestación del servicio educativo que realizó la Fundación San Sebastián en el municipio de San Pedro de Urabá a estudiantes desmovilizados y desplazados, desde el 15 de enero y hasta el mes de julio de 2007, sin mediar contraprestación económica alguna, con lo que se generó un beneficio patrimonial a su favor y un empobrecimiento correlativo a cargo de la parte actora. Es preciso destacar que si bien el desequilibrio que sufrió la fundación demandante no tuvo la capacidad de acrecentar el patrimonio de la entidad pública demandada, sí evitó que se produjera algún detrimento o merma del mismo, lo que evidencia una clara ventaja económica, pues la Fundación San Sebastián de Urabá logró garantizar la prestación del servicio educativo para la población desmovilizada, desplazada y vulnerable de esta región del departamento de Antioquia, lo cual era obligación de este ente territorial, a través de su Secretaría de Educación, de conformidad con las disposiciones normativas antes referidas, con lo que se produjo un empobrecimiento del patrimonio de la fundación demandante. (...) Así las cosas, pese a la omisión de la entidad demandada de regular esta situación, es decir la prestación del servicio educativo

para todo el año 2007, tal como aconteció en el año inmediatamente anterior, en el que si bien el período académico inició en el mes de febrero de 2006, el contrato (...) solo se celebró el 1º de junio de 2006 y en este se reconoció el valor correspondiente a todo el año lectivo, compuesto por 40 semanas de servicio, con lo que se configuró el reconocimiento o legalización de hechos cumplidos, la Fundación San Sebastián continuó prestando durante el primer semestre de 2007 el servicio público de educación para no poner en estado de riesgo el proceso educativo que venía adelantado esta población especial, compuesta por personas desmovilizadas del conflicto armado y desplazados por la violencia, con lo que está probada una situación de hecho que debe ser compensada a la luz de las máximas de justicia y equidad. (...) Ausencia de causa jurídica. A lo anterior, se agrega que las mismas partes en contienda aceptaron que para la prestación del servicio educativo correspondiente al primer semestre de 2007 y cuyo monto es objeto de reclamación, no había fórmula contractual acordada, con lo cual queda demostrada por completo la ausencia de título jurídico que justifique el desplazamiento patrimonial (...) Sin embargo, también es claro que la prestación del servicio nació de la urgencia y la necesidad de preservar un derecho fundamental y un servicio público, y, de esta manera, mitigar o evitar una amenaza o riesgo inminente e irreversible, como lo puede ser que se vean truncados los programas educativos integrales que les permitan a estas personas y grupos su reincorporación a la sociedad, por tanto, no se puede calificar la conducta del particular de

mera liberalidad y, por ende, no se configuraría tampoco una conducta dolosa o culposa, por lo que podría tener lugar el acaecimiento del enriquecimiento

**ACTIO IN REM VERSO / PROCEDENCIA DE LA ACTIO IN REM VERSO / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA / EJECUCIÓN DE PRESTACIÓN SIN CONTRATO / DERECHO A LA SALUD / DERECHO A LA EDUCACIÓN / POSCONFLICTO / DESMOVILIZADO / BENEFICIOS SOCIOECONÓMICOS A DESMOVILIZADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / REINSERCIÓN DE GRUPO ARMADO DESMOVILIZADO / BENEFICIOS DEL REINSERTADO / BUENA FE**

**Problema Jurídico 3:** *¿Puede acudirse a la teoría del enriquecimiento sin justa causa, cuando es urgente y necesario evitar una amenaza o lesión de la continuidad del derecho a la educación, indispensable para garantizar la plena reintegración social y económica de las personas desmovilizadas y desplazadas, que son objeto de especial protección?*

**Tesis 3:** “Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha permitido la aplicación del principio de enriquecimiento sin justa causa, como fuente de la obligación de pagar el monto de las prestaciones ejecutadas sin vínculo de contrato estatal, en casos en los que es urgente y necesario evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, no se puede pasar por alto que en el presente caso estamos frente a la continuidad de la prestación de un derecho fundamental como es el derecho a la educación indispensable para garantizar la plena reintegración social y económica de las personas que se desmovilicen, por tanto, no se puede calificar la conducta de la Fundación San Sebastián de Urabá de mera liberalidad y, por ende, no se configuraría tampoco una conducta dolosa o culposa, por lo que tendría lugar el acaecimiento del enriquecimiento sin causa que ampararía una compensación pecuniaria. (...) En efecto, el sector educativo tiene un rol primordial en el posconflicto, no sólo en términos de formación, sino también a la hora de consolidar el clima de reconciliación del país. La educación es crucial para desarrollar una cultura de paz y reconciliación en Colombia; además, es imprescindible para una exitosa reinsertión económica y social de los desmovilizados, ya que abre oportunidades laborales. Los desmovilizados en el post conflicto requieren importantes inversiones financieras y en capital humano (educación, desarrollo de habilidades socio emocionales para el trabajo, competencias ciudadanas, programas de inserción laboral), con el fin de que puedan incorporarse exitosamente en el mercado laboral de la sociedad y no dependan de la ayuda del Estado, en el mediano y largo plazo. La falta de continuidad en el proceso educativo podía generar que los desmovilizados que ingresaron a la ruta de la reintegración social reincidan en acciones ilegales y en la vinculación a bandas criminales, amén de producir una deserción escolar definitiva en el caso las personas que tuvieron acceso a beneficios educativos. La política de

sin causa que ampararía una compensación pecuniaria. (...)”

desarme, desmovilización y reintegración en Colombia, incluye la creación de procesos educativos y de asistencia psicosocial para la persona desmovilizada y su familia. El éxito del proceso de reintegración de los desmovilizados se puede medir, desde el punto de vista económico y social en la capacidad para vincular esta población a procesos de generación de ingresos suficientes y sostenibles en el tiempo. Para la mayor parte ellos esto implicará su vinculación a empleos estables en el sector formal de la economía. Para una buena parte esa población, probablemente para la mayoría, será necesario procesos de formación y generación de capacidades a través de programas educativos y formación para el trabajo. Para ello se requiere el diseño de programas de alfabetización, formación para el trabajo y educación relevantes y ajustados a las características de los desmovilizados. (...) El Consejo de Estado ha considerado que en ciertos eventos, dependiendo de las circunstancias particulares que rodean cada caso concreto, es posible acudir a la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin justa causa (...) surge la relación de causalidad entre el enriquecimiento del departamento de Antioquia y el correlativo empobrecimiento de la Fundación San Sebastián de Urabá, es decir, no existe duda de la situación de hecho que generó el desbalance patrimonial. (...) En sentir de la Sala, la actuación de la fundación demandante estuvo revestida de buena fe, que debe caracterizar las relaciones administrativas, en la medida que, según lo probado, continuó prestando el servicio educativo a una población eminentemente vulnerable –reinsertados y desplazados-, desde el 15 de enero y hasta el mes de julio de 2007, en consideración a la solicitud que en ese sentido le hiciera la misma comunidad educativa para que no se interrumpiera su proceso educativo. Por tanto, exigir un comportamiento a la Fundación San Sebastián de Urabá de suspender el servicio educativo habría tenido como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales y habría podido involucrar, sin duda, la afectación de derechos de sujetos especialmente protegidos, como los desplazados, así como ocasionar que los reinsertados reincidieran en acciones ilegales y en la vinculación a bandas criminales o que se produjera su deserción escolar definitiva una vez que tuvieron acceso a los beneficios educativos. Conforme a esto, concluye la Sala que, en el caso concreto, la Fundación San Sebastián de Urabá,

por resultar urgente y necesario para proteger el derecho fundamental a la educación de los habitantes del Urabá antioqueño, debía seguir prestando el servicio de educación y, así, evitar consecuencias irremediables para el proceso de paz y para conformar unas comunidades capaces de enrutar la vida por las vías de la preparación para la convivencia pacífica y el progreso de nuestro país.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de febrero de 2020, C. P. María Adriana Marín, radicación 05001-23-31-000-2009-01208-01\(46361\).](#)

**Nota de Relatoría;** Sobre el tema, ver: Corte Constitucional, sentencia T-485 de 2004. M.P. Jaime Araújo Rentería. Corte Constitucional, sentencia C-069 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional, sentencia T-963 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de noviembre del 2009, radicación No. 36544, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

### 3. La administración excede la potestad reglamentaria cuando establece condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

**Síntesis del caso:** *En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se solicitó la anulación de dos resoluciones de Ingeominas mediante las cuales - en aplicación del procedimiento establecido en el Decreto Reglamentario 2390 de 2002 - se negó la solicitud de formalización de una explotación minera informal, por presentar superposición parcial de área con otras solicitudes previamente presentadas.*

#### ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ASUNTOS DE NATURALEZA MINERA / EXPLOTACIÓN DE MINERALES / LEGALIZACIÓN DE LA PEQUEÑA MINERÍA / CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

**Problema Jurídico:** *¿En ejercicio de la potestad reglamentaria, puede la administración establecer el procedimiento para la formalización de una actividad minera informal?*

**Tesis:** “La Administración viola el debido proceso cuando, en ejercicio de la función administrativa de formalización minera, desconoce la plenitud de las formas propias establecidas previamente en la ley. [...] Si la Administración crea por vía reglamentaria elementos de los procedimientos mineros, como las exigencias de admisión, las causales de rechazo o las etapas para adoptar decisiones, excede sus potestades, porque la Constitución sometió a reserva de ley todas las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. [...] Las razones de la inconstitucionalidad del Decreto 2390 de 2002, en este caso, que vició los actos administrativos demandados en el caso concreto, en efecto, pueden ser agrupadas en dos categorías. La primera tiene que ver con

la violación del principio de legalidad, por el desconocimiento de la reserva de ley sobre las condiciones para explotar recursos minerales y sobre el diseño de las pautas de los procedimientos administrativos. La segunda categoría tiene que ver con la violación del derecho al debido proceso administrativo, que aunque incluye la desobediencia al principio de legalidad –porque hace parte de su núcleo esencial–, se concretó también en la restricción del derecho al debate probatorio y a acceder a un proceso adecuado. [...] El Decreto 2390 de 2002 será inaplicable por la Sala por su abierta violación de los artículos 150, 29 y 209, de la Constitución, y en su lugar se aplicarán al caso concreto, de forma directa, como referente de legitimidad jurídica, los estándares constitucionales de garantía del debido proceso administrativo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de noviembre de 2019, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación 11001-03-26-000-2009-00065-00\(37012\).](#)

## 4. Se condena al Estado por los perjuicios causados en accidente de tránsito que se originó por indebida señalización vial del contratista.

**Síntesis del caso:** [E]l 24 de octubre de 2007, [el] señor LRLU, sufrió un accidente de tránsito en la vía principal de acceso al municipio de San Cayetano, que fue causado por un alambre de púas que estaba extendido a media altura sobre la vía por la que él transitaba. Ese corredor estaba siendo reparado en ejecución del contrato No. 001 de 2007 suscrito entre las demandadas y en ejecución de esas obras se había acordonado el sector con el mencionado alambre, sin señalización que advirtiera a los transeúntes sobre su presencia en el lugar.

### DAÑO OCASIONADO POR CONTRATISTA / DAÑO OCASIONADO POR EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR FALLA DEL SERVICIO

**Problema Jurídico 1:** *¿Se configura la responsabilidad patrimonial del Estado, por la indebida señalización vial de un contratista en la ejecución de un contrato estatal de obra pública que causó la muerte de un ciudadano en un accidente de tránsito?*

**Tesis:** “[L]a jurisprudencia de la Corporación ha sido pacífica en señalar que la administración no se desliga de responsabilidad cuando ejecuta trabajos públicos, con el fin de satisfacer los fines que le son propios, a través de un contratista. (...) Más recientemente se precisó que la realización de una actividad por conducto de un contratista se asimila a aquellos casos en que la administración realiza directamente la actividad, dado que los trabajos públicos obedecen a la necesidad de satisfacer intereses generales, al tiempo que no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad suscritos con los contratistas. (...) Así las cosas, con independencia de que la obra pública, enmarcada dentro de la ejecución de un contrato de concesión, hubiera sido ejecutada a través de

terceros, con ella se buscaba la satisfacción de necesidades públicas y el cumplimiento de los fines estatales, de modo tal que la contratante, dueña de la vía, también lo era del proyecto, en tal virtud, con independencia de los pactos suscritos con sus contratistas, esto es, de las estipulaciones propias del contrato y de que las obligaciones en materia de señalización vial estuvieran a cargo de un tercero, está llamada a responder frente a terceros afectados, sin perjuicio de las acciones en contra de aquellos. (...) [E]n este caso particular, en ejecución de una obra pública, se instaló un alambre que por sí mismo generaba un riesgo para los transeúntes, que se materializó en el accidente sufrido, lo que permite imputar responsabilidad a la demandada, en tanto el obstáculo que pretendía resguardar la obra se constituyó en una verdadera “trampa” para los transeúntes, lo que a la postre generó el daño cuya reparación pretende la demandante. (...) Conforme a lo expuesto, existen suficientes razones para responsabilizar al municipio de San Cayetano por la muerte del señor LRLU, por haber incurrido en una falla del servicio.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 04 de diciembre de 2019, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación 25000-23-26-000-2010-00015-01\(45263\).](#)

## 5. Vencido el plazo de ejecución del contrato, la administración conserva la competencia para resolver los recursos interpuestos contra la declaratoria de caducidad del contrato estatal.

**Síntesis del caso:** *Ecopetrol celebró un contrato en el cual se pactó la cláusula exorbitante de caducidad. Aduciendo el incumplimiento grave del contratista y el riesgo de parálisis del servicio, Ecopetrol declaró la caducidad del contrato dentro del plazo de ejecución contractual, pero resolvió los recursos interpuestos por fuera de dicho término.*

### ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL

**Problema Jurídico 1:** *¿Deviene extemporánea la declaratoria de caducidad del contrato estatal cuando, a pesar de haber sido declarada durante el término de ejecución del contrato, los recursos contra ella son resueltos vencido el plazo de ejecución?*

**Tesis 1:** “[L]a Sala no podría compartir el argumento de la accionante según el cual, la decisión de caducidad devendría extemporánea, porque su ejecutoria se produjo 100 días después de extinguirse el plazo de ejecución del contrato, y tras el vencimiento del término para liquidar unilateralmente el negocio. Exigir a la entidad contratante que encuentra amenazado el

cumplimiento de sus propósitos y fines por causa de incumplimiento del contratista, y que, tras el agotamiento de varias medidas paliativas se entiende abocada a la declaración de caducidad que estime el tiempo que ha de demandar la resolución de eventuales recursos contra su decisión, para determinar si esta resulta oportuna, no es razonable, y como ha quedado expuesto, deviene contrario a la norma que determina por el factor tiempo, la competencia de la entidad para el efecto.”

### CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / CAPACIDAD FINANCIERA DEL CONTRATISTA / CONCORDATO MERCANTIL

**Problema Jurídico 2:** *¿Es posible declarar la caducidad o la terminación unilateral del contrato estatal cuando el contratista es admitido a trámite concordatario?*

**Tesis 2:** “Con la implementación del estatuto contractual del año 1993, vigente en esta materia, desapareció la incapacidad financiera del contratista como causal de caducidad administrativa dejando para su procedencia [...] dos requisitos sustanciales esenciales: el incumplimiento grave del contratista y que este conduzca de forma inminente a la parálisis de la ejecución contractual. [...] Sin embargo, el estatuto no

dejó de lado que la insolvencia o las dificultades financieras del contratista pueden afectar gravemente la ejecución del contrato estatal, justificando así el ejercicio de otra cláusula excepcional: la terminación unilateral del contrato. En todo caso, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993 prescribe que la admisión a trámite concordatario no da lugar a extinguir unilateralmente el negocio y que en tal caso su ejecución se someterá a la administración de negocios del deudor en concordato.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de noviembre de 2019, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 68001-23-31-000-2001-00434-01\(45068\).](#)

## 6. La carga de la prueba recae sobre el contratista que pretenda la modificación de la liquidación judicial del contrato.

**Síntesis del caso:** *Entre el departamento del Cauca y la sociedad Global Salud Integral IPS Ltda se celebró un contrato, cuyo objeto fue la “prestación de servicios de salud farmacéuticos a la población pobre en lo no cubierto con subsidio a la demanda del departamento del Cauca”. Las partes entraron en conflicto por el grado de cumplimiento del contrato y valor de los descuentos que la secretaria de salud del departamento del Cauca indicó en el proyecto de la cuenta final de liquidación del contrato, por concepto de actividades de prevención y promoción y de medicamentos no entregados.*

### **LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Frente a la entrega de medicamentos / CARGA DE LA PRUEBA - Corresponde a la IPS respecto del grado de cumplimiento del contrato**

**Problema Jurídico 1:** *¿Es procedente modificar la liquidación judicial del contrato estatal que se dictó en primera instancia por descuentos del valor de medicamentos efectivamente no entregados por el contratista?*

**Tesis 1:** “[S]e reafirma que para efectos de la liquidación judicial resulta pertinente fundarse en los datos estimados con base en la inferencia estadística, en tanto que en la liquidación del contrato la IPS solo podía cobrar los medicamentos entregados efectivamente y sobre los cuales tampoco acreditó en este

proceso su propio cumplimiento en el 100% de lo facturado (...) La carga de la prueba en ese aspecto se encontraba al alcance del Global Salud Integral IPS Ltda y no se satisface con el soporte documental de las órdenes de entrega, por cuanto quedó probado que, pese a la firma del beneficiario por la totalidad de la autorización, la dispensación se realizó en varias entregas y resultó incompleta en un porcentaje de casos que se estableció en el informe final, de acuerdo con la metodología acerca de la muestra definida en este asunto. (...) se tiene en cuenta que correspondía a la IPS probar su propio cumplimiento, de conformidad con el artículo 167 del CGP.”

### **LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL - Frente a la entrega de medicamentos / CARGA DE LA PRUEBA - Corresponde a la IPS respecto del grado de cumplimiento del contrato**

**Problema Jurídico 2:** *¿Es procedente modificar la liquidación judicial del contrato estatal que se dictó en primera instancia por descontar el valor de las actividades de prevención y promoción no prestadas por el contratista?*

**Tesis 2:** “La Sala advierte que el objeto del contrato sí incluyó las actividades de promoción y prevención a

cargo de la IPS. No sobra observar que los precios de los medicamentos surgieron de la oferta de la IPS en el proceso de selección abreviada, de manera que no se acepta el argumento de que la IPS hubiera cobrado un precio mayor de haber conocido que estaba obligada a las actividades de promoción y prevención.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 6 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 19001-23-33-002-2014-00562-01\(61684\).](#)

## 7. El bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto.

**Síntesis del caso:** Durante un allanamiento practicado por la Policía Nacional a su residencia, un ciudadano fue sorprendido con alrededor de 6,5 kilos de cocaína, razón por la cual fue cobijado con medida de aseguramiento de detención preventiva. En segunda instancia se absolvió al sindicado por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia.

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IN DUBIO PRO REO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO**

**Problema Jurídico:** ¿Existe responsabilidad patrimonial del Estado cuando quien ha sido privado de la libertad es posteriormente absuelto en aplicación del principio de in dubio pro reo?

**Tesis:** “Cabe recordar que el bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto y que, por tanto, la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima,

siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan, como ocurrió en este asunto, dado que la autoridad judicial encontró pruebas que, en su opinión, resultaban suficientes para vincular al demandante a un proceso penal, privarlo de la libertad, acusarlo antes los jueces penales y dictar sentencia condenatoria en primera instancia.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de febrero de 2020, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico \(e\), radicación 54001-23-31-000-2001-01360-01\(48855\).](#)

## 8. El ejercicio del derecho de defensa del imputado que conlleve a su absolución no configura por si sola una privación injusta de la libertad.

**Síntesis del caso:** El 15 de septiembre de 2009, fue capturado CCGG, sindicado del delito de acceso carnal violento en una adolescente de 15 años de edad. El 16 de septiembre de 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Legalización de Captura, Formulación de Imputación e Imposición de Medida de Aseguramiento, consistente en detención preventiva en centro carcelario, donde el demandante permaneció recluido hasta el 5 de febrero de 2010, cuando fue puesto en libertad por orden del Juzgado 1º Penal del Circuito con funciones de conocimiento, que en audiencia del 4 de febrero de 2010 anunció el sentido del fallo que absolvía al acusado de todos los cargos, en aplicación del principio in dubio pro reo. Así quedó resuelto en sentencia definitiva del 23 de febrero de 2010, ejecutoriada en esta misma fecha.

**INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Inexistencia de daño antijurídico / PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**

**Problema Jurídico:** ¿[L]a privación de la libertad sufrida [por el demandante], cumplió con los presupuestos legales que se exigían para su imposición y prolongación, (...) dentro de los términos de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida?

**Tesis:** “[L]a privación de la libertad padecida (...) se prolongó hasta el 5 de febrero de 2010, fecha en que los medios de prueba sembraron una duda razonable en torno a la acusación que dio lugar a la libertad inmediata del procesado; de lo cual fuerza deducir que el término de privación fue razonable, perduró por el

tiempo que existieron motivos fundados para considerar la posible complicidad del acusado en el acceso canal violento padecido por una adolescente de 15 años. (...) Dicho esto, la Sala resalta la actuación diligente desplegada por las autoridades judiciales penales y evidencia que el daño alegado no tiene el carácter de antijurídico, pues se observa que la privación de la libertad (...) no fue injusta, a contrario sensu, la medida restrictiva fue proporcional y razonable, de cara

a la gravedad de las conductas punibles y de las circunstancias objeto de la denuncia interpuesta por la madre de la adolescente violentada.”

**Nota de Relatoría:** Con aclaración de voto por parte del doctor GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE rendida dentro del expediente No. 36146-15 #1”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 29 de noviembre de 2019, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 73001-23-31-000-2011-00183-01\(49930\).](#)

# SECCIÓN CUARTA

## 1. La exigibilidad de la participación en plusvalía, en la cuantía definitiva que determine la administración, no se afecta por el hecho de que, para efectos de la expedición de la licencia de urbanización y construcción, se haya efectuado un pago provisional del tributo sujeto a la liquidación definitiva del mismo.

**Síntesis del caso:** *Se declaró la legalidad del Decreto 049 de 2010, mediante el cual el municipio de Gachancipá determinó el efecto plusvalía para el área de actividad industrial de las UPS oriental y occidental del municipio, respecto de los predios denominados Arboleda I y Arboleda III. La Sala concluyó que el hecho de que al momento de la solicitud de la licencia no se haya liquidado definitivamente la plusvalía, no significa que la misma no se generó ni que no sea exigible en la cuantía definitiva liquidada por la Administración. Al respecto, señaló que la exigibilidad del tributo, que operó con la solicitud de la licencia de construcción, no se afectó por la expedición y pago de la liquidación provisional que se efectuó como requisito para la expedición de la licencia, toda vez que la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de realizar una liquidación previa o precálculo que puede ser modificado mediante acto administrativo que contenga la liquidación definitiva de la participación.*

**PARTICIPACIÓN EN EL EFECTO PLUSVALÍA – Exigibilidad / EXIGIBILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN EN EL EFECTO DE PLUSVALÍA – No afectación por expedición y pago de liquidación provisional o precálculo del tributo como presupuesto para la expedición de la licencia de construcción / LIQUIDACIÓN PREVIA O PRECÁLCULO DEL EFECTO PLUSVALÍA - Procedencia / LIQUIDACIÓN PREVIA O PRECÁLCULO DEL EFECTO PLUSVALÍA - Naturaleza jurídica. Reiteración de jurisprudencia**

**Problema Jurídico:** *¿Se ajusta a la legalidad el acto administrativo por el cual el municipio de Gachancipá liquidó el efecto plusvalía del área de actividad industrial de las Unidades de Planificación Rural – UPS oriental y occidental de esa jurisdicción, que incluye los predios que la conforman?*

**Tesis:** “Se advierte que la acción urbanística adoptada en el Decreto 022 de 2009, que ajustó el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Gachancipá, en el sentido de considerar parte del suelo rural de esa jurisdicción como suburbano y que afectó los predios de la actora, constituye el hecho generador de la plusvalía. Al respecto, la Sala ha precisado que «el hecho generador se agota con la acción urbanística decretada por la administración, y que los actos representativos del efecto plusvalía, como lo son la licencia urbanística o la transferencia de dominio, determinan en realidad la exigibilidad de la obligación, no su nacimiento», lo que en el caso ocurrió con la expedición de la Resolución 040 del 14 de septiembre de 2009, por la cual se otorgó la licencia de urbanismo para la construcción del proyecto industrial Protisa Colombia S.A. Por ello, la obligación a cargo de la contribuyente nació con el Decreto 022 de 2009, y se hizo exigible

con la solicitud de la licencia de construcción, cuya expedición requirió de una liquidación provisional de la plusvalía que fue aceptada por la actora, mientras el municipio expedía la liquidación definitiva mediante el Decreto 049 de 2010 (...) En el caso, el pago provisional de la plusvalía en la suma de \$3.284.883.888, se hizo exigible con la solicitud de la licencia para la construcción del proyecto industrial PROTISA COLOMBIA S.A. en los predios «arboleda 1» y «arboleda 3», que fueron afectados con las acciones urbanísticas del Decreto 022 del 16 de abril de 2009. No obstante, el hecho de que al momento de la solicitud de la licencia no se haya liquidado definitivamente la plusvalía, no significa que la misma no se generó ni que no sea exigible en la cuantía definitiva liquidada por la Administración (Decreto 049 del 17 de agosto de 2010). En efecto, al referirse a la exigibilidad del pago de la plusvalía como requisito previo a la licencia de construcción, la Sala ha reconocido la posibilidad de realizar una liquidación previa o precálculo, que si bien constituye un acto definitivo susceptible de control judicial, puede ser modificado mediante acto administrativo que contenga la liquidación definitiva de la participación”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de febrero de 2020, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-27-000-2011-00018-02 \(21682\).](#)

## 2. Se anula el vocablo «exclusivamente» y se condiciona la legalidad de la expresión «sea la compraventa», contenidos en el ordinal 2.3 del artículo 1.2.4.1.36 del Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria, adicionado a ese cuerpo normativo por el artículo 10 del Decreto 2250 de 2017.

**Síntesis del caso:** *Se estudió la legalidad de la expresión «sea exclusivamente la compraventa», incluida en el ordinal 2.3 del artículo 1.2.4.1.36 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria. La Sala anuló el vocablo «exclusivamente», porque concluyó que limita la obtención del beneficio tributario previsto en el artículo 126-1 del Estatuto Tributario para los retiros de recursos de cuentas AFC o AVC destinados a adquirir vivienda sin financiación, en cuanto dispone que el objeto exclusivo de la escritura pública por medio de la cual se instrumenta la adquisición debe ser la compraventa de vivienda nueva o usada, previsión que contraría la interpretación ajustada a la Constitución de la expresión «escritura de compraventa», prevista en los artículos 126-1 y 126-4 del Estatuto Tributario, según la cual la acreditación de que los recursos retirados de dichas cuentas se destinaron a la adquisición de vivienda «debe hacerse mediante copia de escritura pública en la que conste cualquier título traslativo de dominio del inmueble». A su vez, se declaró la legalidad condicionada del resto de la expresión cuestionada («sea la compraventa»), bajo el entendido de que se interprete en el sentido fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-308 de 2017, en la que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 126-1 del ET, esto es, que la escritura pública a la que se alude como medio de prueba de la utilización de los recursos retirados de cuentas AFC o AVC, debe evidenciar la adquisición del inmueble a cualquier título traslativo del dominio, ya sea que se trate o no de un contrato de compraventa.*

**EXPRESIÓN “DE COMPRAVENTA” DEL ARTÍCULO 126-1 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO - Alcance interpretativo conforme con la sentencia C-308 de 2017 de la Corte Constitucional / EXPRESIÓN “DE COMPRAVENTA” DEL ARTÍCULO 126-1 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO – Exequibilidad condicionada / EXCEPCIÓN AL TRATAMIENTO DE RENTA GRAVABLE Y DE RETENCIÓN EN LA FUENTE DE LOS RETIROS DE LAS SUMAS DEPOSITADAS EN CUENTAS AFC O AVC - No restricción del título exclusivamente al contrato de compraventa. Anulación del vocablo “exclusivamente” del numeral 2.3 del artículo 1.2.4.1.36 del Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria 1625 de 2016 / EXCEPCIÓN AL TRATAMIENTO DE RENTA GRAVABLE Y DE RETENCIÓN EN LA FUENTE DE LOS RETIROS DE LAS SUMAS DEPOSITADAS EN CUENTAS AFC O AVC – Legalidad condicionada de la expresión “sea ... la compraventa” del numeral 2.3 del artículo 1.2.4.1.36 del Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria 1625 de 2016**

**Problema Jurídico:** *¿La expresión «sea exclusivamente la compraventa», incluida en el ordinal 2.3 del artículo 1.2.4.1.36 del DURT contraría el ordenamiento superior al establecer que la escritura de adquisición de la vivienda únicamente puede tener por*

*objeto la compraventa, excluyendo con ello otros negocios jurídicos para la adquisición de vivienda?*

**Tesis:** “Cuando la Corte Constitucional juzgó si el artículo 126-1 del ET contrariaba el principio de igualdad y el de equidad tributaria al circunscribir el contenido

posible de la escritura en mención a un contrato de compraventa, declaró que era constitucional la expresión «*escritura de compraventa*» bajo el entendido de que «*la acreditación sobre la destinación a la adquisición de vivienda de los aportes voluntarios retirados de los fondos de pensiones y de cesantías debe hacerse mediante copia de escritura pública en la que conste cualquier título traslativo de dominio del inmueble*». Lo anterior porque el artículo 126-1 del ET estableció un beneficio que se mantiene por el hecho de destinar los aportes voluntarios a la adquisición de vivienda, motivo por el cual resultaría contrario a la idea constitucional de igualdad restringir la aplicación del beneficio en aquellos casos en los cuales los recursos retirados de los fondos de pensiones «*se utilizan para adquirir vivienda no financiada mediante un contrato distinto al de compraventa*». Si bien el artículo 126-1 del ET no es la disposición reglamentada por la norma reglamentaria que es objeto de control en el presente proceso, es lo cierto que la norma reglamentada, i.e. el artículo 126-4 del ET, también establece, en los mismos términos que el artículo 126-1 del ET, que el requisito de acreditar el buen destino de los recursos se debe hacer mediante una escritura pública de compraventa. En consecuencia, la interpretación fijada por la Corte Constitucional en la sentencia C-308 de 2017 debe ser tenida en cuenta de cara a interpretar el sentido y el alcance, de conformidad con la Constitución, del artículo 126-4 del ET, dado que sus fundamentos fácticos y jurídicos son los mismos tenidos en cuenta por la Corte Constitucional al adelantar su juicio. Así, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la acreditación de que los recursos retirados de cuentas AFC o AVC fueron destinados a la adquisición de vivienda «*debe hacerse mediante copia de escritura pública en la que conste cualquier título traslativo de dominio del inmueble*». 3- Bajo esos parámetros, debe la Sala juzgar

la expresión «*sea exclusivamente la compraventa*» incluida en la disposición acusada. En primer lugar, cabe señalar que el vocablo «*exclusivamente*», incluido en el aparte demandado, resulta restrictivo porque conlleva que únicamente mediante una escritura de compraventa se podrá demostrar la destinación apropiada de los recursos provenientes de las cuentas AFC o AVC; de suerte que no cabría darle validez, para los fines que dispone la norma, a las escrituras públicas en las que consten otros títulos traslativos del dominio, como la permuta. Esa prescripción jurídica reglamentaria, contraría abiertamente la interpretación dada por la Corte Constitucional a la expresión «*escritura de compraventa*», circunstancia por la cual concluye la Sala que, el vocablo «*exclusivamente*», no se acompasa con la interpretación de conformidad con la Constitución que se le debe dar al artículo 126-4 del ET. Por esa razón, se debe declarar nula la expresión «*exclusivamente*» y retirarla de la norma reglamentaria. Por otra parte, la frase «*sea ... la compraventa*», que también fue acusada en ejercicio del medio de control de nulidad, es una reproducción literal de la norma reglamentada (i.e. el artículo 126-4 del ET), por lo que en principio no adolecería de nulidad. Con todo, se debe advertir que su legalidad se encuentra condicionada a que dicha expresión sea interpretada en el sentido fijado por la Corte Constitucional en la sentencia C-308 de 2017, de conformidad con el cual la escritura pública a la que se alude como medio de prueba de la utilización de los recursos retirados de cuentas AFC o AVC, debe evidenciar la adquisición del inmueble a cualquier título traslativo del dominio, ya sea que se trate o no de un contrato de compraventa. En ese sentido, juzga la Sala que deben conservarse en la norma acusada los vocablos «*sea ... la compraventa*» siempre que se interpreten del modo que les asignó la Corte Constitucional, al referirse al artículo 126-1 del ET, en la sentencia C-308 de 2017”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de febrero de 2020, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2018-00042-00 \(24048\).](#)

### 3. Son legales los Conceptos 23640 del 20 de marzo de 2009 y 020874 del 4 de agosto de 2016, en los que la DIAN absolvió consultas relacionadas con la deducibilidad, en el impuesto sobre la renta, de los impuestos y regalías pagados por organismos descentralizados.

**Síntesis del caso:** *Se negó la nulidad de los Conceptos 23640 del 20 de marzo de 2009 y 020874 del 4 de agosto de 2016, expedidos por la DIAN. En el primero, dicha entidad concluyó que «para la deducción del Gravamen a los Movimientos Financieros, las entidades descentralizadas se rigen por lo dispuesto en el artículo 115 del Estatuto Tributario en concordancia con el artículo 116 ibídem y en consecuencia tienen derecho a deducir el 25% del impuesto, siempre y cuando se cumplan las condiciones legales». Para la Sala, tal concepto no infringe el citado artículo 116, pues, aunque este constituye norma especial, en cuanto se refiere a un sujeto calificado (i.e. organismos descentralizados), su interpretación no puede hacerse de manera aislada del resto del ordenamiento jurídico, ya que, en todo caso, el mismo remite al cumplimiento de los requisitos que para esos efectos establezca la legislación tributaria vigente, cuya observancia, dará lugar a que dichas entidades tengan derecho a solicitar la deducción respectiva con las limitaciones que establezca la normativa. También se declaró ajustado a derecho el Concepto 020874 de 2016, en cuanto interpreta que todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta –sin consideración a su naturaleza jurídica– pueden deducir las regalías de la renta bruta, siempre y cuando cumplan los requisitos generales y especiales que exija la normativa tributaria.*

#### **DEDUCIBILIDAD DE IMPUESTOS, REGALÍAS Y CONTRIBUCIONES PAGADOS POR ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS - Evolución normativa / DEDUCCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE IMPUESTOS PAGADOS POR LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS – Requisitos / DEDUCCIÓN DE IMPUESTOS, REGALÍAS Y CONTRIBUCIONES PAGADOS POR LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS – Interpretación y aplicación del artículo 116 del Estatuto Tributario**

**Problema Jurídico 1:** *¿Con fundamento en el artículo 116 del Estatuto Tributario, los impuestos pagados por entidades descentralizadas son deducibles sin consideración a los requisitos y limitaciones previstos en la normativa tributaria para la generalidad de los contribuyentes?*

**Tesis:** “[L]a Sala destaca que la deducibilidad de impuestos y demás conceptos identificados en el artículo 116 del ET, desde su versión dada por el artículo 38 de la Ley 75 de 1986, estaba condicionada al cumplimiento de «los requisitos que para su deducibilidad exigen las normas vigentes». Y desde esa época tales requisitos estaban previstos en el ordenamiento tributario, concretamente en el conjunto de normas conformado por los artículos 39 de la misma Ley 75 de 1986, 5.º del 2053 de 1974 y 4.º del Decreto 2348 de 1974. De suerte que, desde 1986 la normativa hizo expreso que los impuestos eran deducibles para las entidades descentralizadas, siempre y cuando cumplieran con los requisitos que para la deducibilidad de impuestos estuvieran vigentes en la normativa tributaria. Tal condicionante fue conservado por el artículo 116 del ET –hasta que esta norma fue derogada por la Ley 2010 de 2019– y, por ello, resultan aplicables

los requisitos previstos en el artículo 115 del ET sobre deducibilidad de impuestos. 3.2- El concepto demandado tiene por tesis la siguiente: «en conclusión, para la deducción del Gravamen a los Movimientos Financieros, las entidades descentralizadas se rigen por lo dispuesto en el artículo 115 del Estatuto Tributario en concordancia con el artículo 116 ibídem y en consecuencia tienen derecho a deducir el 25% del impuesto, siempre y cuando se cumplan las condiciones legales». Tal como se expuso anteriormente, para resolver la litis planteada, la Sala juzga que el artículo 38 de la Ley 75 de 1986, incorporado al estatuto tributario en el artículo 116, supeditó la deducibilidad de los impuestos pagados por los organismos descentralizados al cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación vigente. Por ello, estima la Sala que, aun cuando el artículo 116 del ET constituye la norma especial, en cuanto se refiere a un sujeto calificado (i.e. organismos descentralizados), su interpretación no puede hacerse de manera aislada al resto del ordenamiento jurídico, ya que, en todo caso, la misma remite al cumplimiento de los requisitos que para esos efectos establezca la legislación tributaria vigente, cuya observancia, dará lugar a que dichas entidades tengan derecho a solicitar la deducción respectiva con las limitaciones que establezca la normativa. Por

tanto, considera la Sala que la tesis planteada por el concepto acusado, en tanto condiciona la deducibilidad del gravamen a los movimientos financieros para las entidades descentralizadas al cumplimiento de los requisitos del artículo 115 del ET, no infringe el artículo 116 del ET, pues, por mandato expreso del mismo, tal deducibilidad de impuestos está condicionada al artículo 115 *eiusdem* y al resto de la normativa que establezca requisitos en particular respecto a la deducibilidad de expensas por impuestos pagados. Esta conclusión no implica que se está dejando de aplicar el artículo 116 del ET, ni que se desconozca su carácter especial –en tanto es una norma que incorpora en su presupuesto normativo un sujeto calificado–, como plantea el demandante. Se acude a los requisitos del artículo 115 del ET, para efectos de la deducibilidad de impuestos, por cuanto la misma norma lo ordena y, con ello, precisamente se está aplicando el artículo 116 del ET y no omitiendo su aplicación; lo cual, además descarta una supuesta antinomia que deba resolverse en los términos planteados

por el demandante, privilegiando la aplicación de la norma posterior (*i.e.* artículo 116), porque la tesis de la doctrina oficial acusada no se funda en una contradicción e inaplicación del artículo 116 del ET frente al artículo 115 *ibidem*, sino en que ambas normas se aplican: esta en virtud de la remisión que ordena aquella. Al hilo de lo anterior, descarta la Sala que, so pretexto de preservar el «*principio del efecto útil de las normas*», se incumpla el mandato incorporado en el artículo 116 del ET, de acuerdo con el cual la deducción de los impuestos pagados por parte de las entidades descentralizadas depende de que se cumplan «*los requisitos que para su deducibilidad exigen las normas vigentes*». Lo anterior por cuanto contraría la intención expresa y no contradictoria de la norma incorporada en el artículo 116 del ET (*i.e.* el artículo 38 de la Ley 75 de 1986), de someter la cuestión al cumplimiento de los requisitos que sobre la materia establezcan las normas vigentes. Vistas las consideraciones anteriores, el cargo de nulidad predicado por la parte actora no está llamado a prosperar”.

**DEDUCCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE REGALÍAS PAGADAS POR LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS – Requisitos / DEDUCCIÓN DE IMPUESTOS, REGALÍAS Y CONTRIBUCIONES PAGADOS POR LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS - Naturaleza jurídica del artículo 116 del Estatuto Tributario / DEDUCCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE REGALÍAS PAGADAS POR LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS – Interpretación y aplicación del artículo 116 del Estatuto Tributario / DEDUCCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE PAGOS DE REGALÍAS – Beneficiarios / DEDUCCIÓN DE REGALÍAS PAGADAS POR CONTRIBUYENTES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Alcance y requisitos / DEROGATORIA DE LA DEDUCCIÓN DE IMPUESTOS, REGALÍAS Y CONTRIBUCIONES PAGADOS POR LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS DEL ARTÍCULO 116 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO – Efectos jurídicos**

**Problema Jurídico 2:** *¿Al ser una norma especial que incluye en su presupuesto normativo únicamente a los organismos descentralizados como autorizados para deducir regalías, el artículo 116 del Estatuto Tributario excluye como posibilidad fáctica que otros contribuyentes con distinta naturaleza jurídica (i.e. particulares que exploten recursos naturales no renovables) estén habilitados por el ordenamiento tributario para deducir las regalías en el impuesto sobre la renta?*

**Tesis 2:** “[L]a Sala juzga la legalidad del Concepto nro. 020874, del 04 de agosto de 2016, en relación con la interpretación que en él se realiza sobre la deducibilidad de los pagos por regalías (...) [L]a Sala juzga que el origen particular de la norma que se vino a incorporar en el artículo 116 del Estatuto Tributario que expidió el Decreto 624 de 1989 es el que explica que el legislador haya regulado en una norma especial la forma en que cabía deducir los pagos por regalías efectuados por los organismos descentralizados. Pero esa regulación dada para las entidades descen-

tralizadas no incorporó, a contrario sensu, una prohibición para la deducción de la misma expensa por parte de los contribuyentes que tuviesen una naturaleza jurídica distinta. [L]a actora plantea la tesis de que el artículo 116 del ET estableció un tratamiento especial y diferencial para los organismos descentralizados en materia de deducción de regalías en el impuesto sobre la renta, según el cual, dentro del universo de contribuyentes, solo quienes tuviesen esa naturaleza jurídica tendrían derecho a deducir las regalías pagadas. La Sala reconoce que la disposición jurídica se refiere a un sujeto calificado, como son los organismos descentralizados, por lo cual el supuesto normativo que incorpora cobija a quienes se inscriban en esa categoría. Pero para la Sala esto no conlleva que terceros queden limitados o autorizados por esa norma para efectuar la deducción contemplada, pues no son ellos el objeto de regulación del artículo 116 del ET y la mencionada es una norma de regulación (de la situación de los organismos descentralizados), que no una norma de prohibición que contemple una excepción para tales organismos. De modo que más allá de la regulación del artículo 38 de la Ley 75 de

1986 (incorporado en su día en el artículo 116 del ET), las regalías pagadas por contribuyentes del impuesto sobre la renta serán deducibles o no, según lo habiliten o limiten las normas de ese impuesto. Y se destaca que dentro de ellas no existe ninguna prohibición o limitación expresa para la deducción de las regalías pagadas, pero sí unos requisitos generales en el artículo 107 del ET, cuyo cumplimiento habilita a deducir de la renta bruta las expensas no proscritas o restringidas en las demás disposiciones del Libro Primero del Estatuto Tributario. Así, bajo el régimen del artículo 38 de la Ley 75 de 1986, la deducción de las regalías pagadas por los contribuyentes distintos de las entidades descentralizadas no está dada por esa norma, sino que depende de que satisfagan los criterios de causalidad, necesidad y proporcionalidad fijados en el artículo 107 del ET para lo cual, ya ha advertido la Sala en la sentencia del 12 de octubre de 2017 (exp. 19950, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto) que se debe verificar en cada caso concreto el

cumplimiento de tales requisitos. En ese sentido, no le asiste razón a la demandante cuando afirma que en esa providencia se concluyó que únicamente los organismos descentralizados cuentan con el derecho a deducir los pagos por regalías, pues en ella se advirtió expresamente que todo depende de que «frente a los demás contribuyentes y en cada caso concreto, se analice si la deducción por pago de regalías reúne los requisitos del artículo 107 del ET». A la luz de lo expuesto, en la presente oportunidad juzga la Sala que el Concepto nro. 020874, del 04 de agosto de 2016 se ajusta al ordenamiento jurídico tributario que rige la deducibilidad de los pagos por concepto de regalías, en el punto en que interpreta que todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta –sin consideración a su naturaleza jurídica– pueden deducir las regalías de la renta bruta, siempre y cuando cumplan los requisitos generales y especiales que exija la normativa tributaria. No prospera el cargo de nulidad”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 26 de febrero de 2020, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2017-00039-00 \(23382\).](#)

## 4. El registro catastral no es la única prueba válida para determinar el uso real de los predios para efectos de establecer la tarifa del impuesto predial aplicable.

**Síntesis del caso:** *Se anularon parcialmente, solo en cuanto al monto de la sanción por inexactitud, los actos administrativos mediante los cuales la Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá determinó oficialmente el impuesto predial unificado del año gravable 2011, a cargo de una entidad financiera, respecto de seis inmuebles de su propiedad, en el sentido de liquidar el tributo a la tarifa del 15 por mil prevista para esa clase de entidades y no a la del 9.5 por mil correspondiente a los inmuebles de uso comercial, cuya aplicación reclamaba el banco demandante. La Sala consideró que la tarifa aplicada en las liquidaciones oficiales acusadas se ajustó a derecho porque corresponde al uso real que ostentaban los predios al momento de la causación del tributo (1° de enero de 2011), situación que no se desvirtuó en el proceso. No obstante, en aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria tributaria, se reliquidó la sanción por inexactitud fijada en las referidas liquidaciones.*

**DETERMINACIÓN DEL USO DEL INMUEBLE PARA EFECTOS DEL IMPUESTO PREDIAL UNIFICADO – Prueba.** En el proceso de determinación del impuesto, tanto el contribuyente como la administración pueden demostrar que la información contenida en el registro catastral está desactualizada o que no es correcta para efectos de establecer el uso del predio y la tarifa realmente aplicable en el caso concreto / **MUTACIONES CATASTRALES - Carga probatoria en el proceso de determinación del impuesto predial.** Reiteración de jurisprudencia. Corresponde al interesado demostrar que la información catastral no está actualizada o es incorrecta / **IMPUESTO PREDIAL DE PREDIO FINANCIERO EN EL DISTRITO CAPITAL – Tarifa año gravable 2011.** En el caso se probó que, para la fecha de causación del tributo, los predios objeto de fiscalización tenían uso financiero, por lo que se les aplicaba la tarifa del 15 por mil,

**Problema Jurídico:** *¿La Secretaría de Hacienda Distrital de Bogotá incurrió en infracción de las normas superiores y falsa motivación al proferir las resoluciones, mediante las cuales liquidó oficialmente el impuesto predial a cargo de BBVA Colombia por el año gravable 2011?*

**Tesis:** “2.3. Esta Sección señaló que la fuente principal de información para establecer el uso de un inmueble para efectos de determinar la tarifa aplicable del impuesto predial es el registro catastral. No obstante, también consideró que las reales características del predio al momento de la causación del impuesto prevalecen sobre la información del registro catastral desactualizado, por lo que el contribuyente puede demostrar ante la administración tributaria las mutaciones o cambios de las características del predio. Correlativamente a esta facultad del contribuyente, durante el procedimiento de determinación, la administración tributaria también puede demostrar que la información contenida en el registro catastral no es correcta o que está desactualizada para efectos de determinar el uso del predio y la tarifa realmente aplicable en el caso concreto. (...) [E]n el expediente está demostrado que para el momento de la causación del impuesto, es decir el 1° de enero de 2011, BBVA Colombia únicamente desempeñaba en los predios de su propiedad actividades reguladas por el Capítulo I del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues eso indica su objeto social exclusivo, el

cual desarrolla desde 1993. Como consecuencia de lo anterior, y como lo señaló el Ministerio Público, está demostrado que los predios objeto de fiscalización cumplen con la definición de predio financiero del artículo 1 del Acuerdo 105 de 2003, por lo que la tarifa aplicable del impuesto predial para el año gravable 2011 es del 15 por mil. 2.5. Según el Banco demandante, los boletines catastrales y el objeto social inscrito en cámara de comercio demuestran que los predios objeto de fiscalización tienen un uso mixto (comercial y financiero). De esta forma, de acuerdo con el Concepto 1016 del 11 de marzo de 2004, la tarifa aplicable es del 9.5 por mil debido a que predomina el uso comercial sobre el financiero. 2.6. Es cierto que el Concepto 1016 del 11 de marzo de 2004 expresamente señala que cuando el mismo inmueble tiene un uso comercial y un uso financiero predomina el primero, pero esta interpretación no es aplicable porque no fue demostrado el uso comercial de los predios objeto de fiscalización. Se reitera que los boletines catastrales corresponden a una actualización realizada el 31 de diciembre de 2012, por lo que no demuestran que los predios objeto de fiscalización tuvieran una clasificación de comercial para el 1° de enero de 2011. Adicionalmente, BBVA Colombia no aportó ninguna otra prueba tendiente a demostrar que en los predios de su propiedad se ofrecieran servicios diferentes a los financieros, ni que en ellos se ofrecieran, transaran o almacenaran bienes”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de febrero de 2020, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 25000-23-37-000-2015-00782-01 \(23182\).](#)

# SECCIÓN QUINTA

## 1. Se negó la solicitud de suspensión provisional del acto de elección del gobernador del departamento del Chocó.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección del gobernador del departamento del Chocó, solicitando igualmente la suspensión provisional del acto demandado, bajo la consideración de que ejerció la representación legal de la Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó AMBU EPS-S, además de haber suscrito y ejecutado contratos durante el año anterior a la inscripción. La Sala negó la solicitud de suspensión provisional, luego de concluir que (i) no se acreditó que el demandado, dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades de seguridad social de salud en el régimen subsidiado; y que, (ii) los contratos endilgados al demandado fueron suscritos por fuera del período inhabilitante.*

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Contra acto de elección de gobernador por haber intervenido en celebración de contratos / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Se niega al no acreditarse uno de los supuestos que exige la causal alegada**

**Problema Jurídico:** *¿Es procedente el decreto de la suspensión provisional del acto acusado en virtud de la vulneración del régimen de inhabilidades previsto en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000?*

**Tesis:** “Tratándose del componente de celebración de contratos en la inhabilidad especial aplicable a los gobernadores, prevista en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, la Sección Quinta del Consejo de Estado con anterioridad definió: “La intervención en la celebración de contratos ha sido entendida como aquella gestión o actuación personal y activa en los actos dirigidos a la concreción de un acuerdo de voluntades. Esta puede darse respecto de terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales y que tienen vínculos con las partes del contrato, actuaciones de las cuales se presume la participación personal y directa en la celebración”. (...). Ahora bien, para la constatación de estas conductas reprochables se deben verificar los elementos normativos que la contienen, esto es: i) que el demandado haya sido elegido gobernador; ii) la existencia de un contrato en cuya celebración el elegido hubiese intervenido; iii) que la fecha de la celebración del contrato se encuentre dentro del año anterior a la elección vi) que el lugar de ejecución corresponda al respectivo departamento y que, adicionalmente, v) se acrediten beneficios para sí o para un tercero. (...). En cuanto a la tercera exigencia, relacionada con que la fecha de celebración del contrato se encuentre dentro de período inhabilitante, aclara la Sala que la norma es diáfana al prever que el límite temporal se encuentra fijado por la expresión “dentro del año anterior a la

elección”, sin que le sea dable al operador judicial o las partes fijar unos parámetros diferentes. (...). [L]a interpretación que hace el demandante al establecer el término de la inhabilidad a partir de la fecha de la inscripción excede el mandato normativo y por tal razón no podrá ser valorada. (...). Así las cosas, (...) se puede deducir que ninguna de las minutas suscritas por el demandado se perfeccionó dentro del lapso 27 de octubre de 2018 al 27 de octubre de 2019 y por tal razón este presupuesto normativo no se satisface en el presente caso. (...). [Frente a la causal de inhabilidad relacionada con la representación legal de entidades de seguridad social de salud en el régimen subsidiado] (...) esta entidad [Asociación Mutual Barrios Unidos de Quibdó AMBU EPS-S- ESS] se encuentra autorizada para operar y administrar el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, (...), acto administrativo que no deja duda de que la naturaleza de la entidad es de aquellas que tiene la facultad de administrar los recursos del régimen subsidiado y por tal razón, se encuentra contenida en la norma inhabilitante. (...). [E]n esta instancia procesal no se encuentra acreditado el presupuesto normativo que exige que dentro del año anterior a la elección haya sido representante legal de entidades de seguridad social de salud en el régimen subsidiado. (...). Al no encontrarse probados los presupuestos de hecho y de derecho que justifiquen la suspensión provisional del acto de elección del (...) gobernador del departamento del Chocó, (...), la Sala procederá a admitir la demanda y a negar la medida cautelar deprecada.”

## Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate

### INHABILIDAD POR CELEBRACIÓN DE CONTRATOS – La celebración del contrato en representación de una persona jurídica configura la causal

**Tesis:** “En esta providencia la Sección Quinta negó la suspensión provisional del acto de elección del señor Ariel Palacios como Gobernador del Departamento del Chocó. (...). [E]stoy de acuerdo con la decisión adoptada de manera unánime; sin embargo, en el punto 2.5.1.1. de la providencia denominado “De la celebración de contratos”, se acude a una cita jurisprudencial que es imprecisa, cuando dispone que: “la intervención en la celebración de contratos ha sido entendida como aquella gestión o actuación personal y activa en los actos dirigidos a la concreción de un acuerdo de voluntades”. En este aspecto, vale la pena recordar que la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha sido constante al precisar: “que esta Corporación tanto en nulidad electoral como en pérdida de investidura, en diversas oportunidades, ha señalado que si el otrora candidato, en representación de una persona jurídica, celebra contratos con entidades pú-

blicas, en los términos proscritos por la ley, estará incurso en la inhabilidad de celebración de contratos, sin que el hecho de actuar como representante legal sea una circunstancia que impida la configuración de la inhabilidad”. Ello implica que la posición de la Corporación en torno a este aspecto, no ha implicado desviaciones jurisprudenciales frente a la tipificación de la causal inhabilidad de celebración de contratos. (...). En ese orden de ideas, desde la perspectiva de la causal inhabilitante invocada del artículo 30.4 de la Ley 617 de 2000, resulta claro que si se comprueba la suscripción de contratos dentro del año anterior a la elección, por parte del demandado, a través de un tercero encargado para tal fin, en calidad de delegado o de mandatario, o cualquier otra figura jurídica, se materializa la causal de inhabilidad prevista en la norma y en consecuencia es procedente la medida cautelar cuando ella se solicita.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto del 6 de febrero de 2020, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2020-00003-00.](#)

## 2. Se confirmó la declaratoria de nulidad del acto de nombramiento de la ministra plenipotenciaria adscrita al consulado general de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto por medio del cual se designó a María Ximena Durán Sanín, en el cargo de ministro plenipotenciario, código 0074, grado 22, de la planta global del Ministerio de Relaciones Exteriores adscrito al consulado general de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, aduciendo desconocimiento de los artículos 37 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000 de la carrera diplomática y consular, puesto que en el momento de expedición del decreto demandado, había funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular que ya habían cumplido el periodo de alternación. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que se acreditó que existía dentro de la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores funcionarios que podían ser nombrados en el cargo que fue provisto de forma provisional.*

**NULIDAD ELECTORAL - Se confirma la declaratoria de nulidad del acto de nombramiento de la ministra plenipotenciaria adscrita al consulado general de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte / CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR – Régimen jurídico / ALTERNACIÓN – Concepto**

**Problema Jurídico:** *¿Existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda dirigidas a solicitar la nulidad del acto de nombramiento en provisionalidad de la ministra plenipotenciaria adscrita al consulado general de Colombia en Londres, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte?*

**Tesis:** “La alternación ha sido (...) definida por esta Sección como “(...) la figura por medio de la cual se pretende que quienes prestan sus servicios en el extranjero no lo hagan en forma indefinida sino que retornen, así sea por un tiempo, al país para que se mantengan en permanente contacto con la realidad de su lugar de origen y puedan representar mejor los intereses del Estado”. (...) [L]os funcionarios que ejercen cargos pertenecientes a la carrera diplomática y consular deben cumplir los lapsos de alternación, tanto en planta externa como en planta interna, en aplicación de los principios rectores de eficiencia y especialidad. Así mismo, el parágrafo del artículo 37 de este Estatuto, establece que quienes se encuentren prestando su servicio en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales. Por consiguiente, los funcionarios pertenecientes a la carrera diplomática y consular tienen la obligación de prestar su servicio en la planta interna por un tiempo determinado, deber que a la vez constituye condición necesaria para ser luego nombrado en el exterior (...). La renuencia a cumplir con la designación en planta interna acarrea no solo el retiro de la carrera diplomática y consular, sino del servicio. (...). Es decir, es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse y que el mismo tenga disponibilidad antes de designar en provisionalidad. (...). [L]a Sala considera (...) que esta disposición

[artículo 39 del Decreto Ley 274 de 2000, alusiva a la aplicación de la alternación] racionaliza los tiempos de desplazamiento, pero no puede entenderse como un elemento más para la adquisición del derecho que tiene el funcionario inscrito en la carrera, para ser designado en un cargo vacante. Por consiguiente, el derecho a ser designado en un cargo vacante en el exterior, se adquiere cuando se cumplen los periodos de frecuencia del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, derecho que se concreta de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 39 ibídem para efectos de los desplazamientos de los servidores por cuestiones administrativas y logísticas. (...). Así las cosas, le corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores de conformidad con el artículo 60 ejusdem, verificar la existencia de funcionarios inscritos en carrera diplomática disponibles antes de resolver sobre la designación mediante nombramientos provisionales y constatar que previo a la expedición de un nombramiento se encuentren las condiciones legales para ello (...). Para el caso concreto, el señor Jairo Augusto Abadía Mondragón adquirió el derecho para la alternación a la planta externa el 9 de febrero de 2019, toda vez que el término de la alternación en la planta interna finalizó el día inmediatamente anterior y la materialización del desplazamiento a las vacantes que se generan en el primer semestre, sería en julio de acuerdo con el artículo 39 del Decreto Ley 274 de 2000, lo cual no significa como lo aseguró el Ministerio de Relaciones Exteriores, la falta de disponibilidad de funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular. (...). Por lo tanto, al acreditarse que existía dentro de la planta del Ministerio de Relaciones Exteriores funcionarios que podían ser nombrados en el cargo que fue provisto de forma provisional, es dable concluir que se logra desvirtuar la legalidad del acto de nombramiento provisional impugnado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 6 de febrero de 2020, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 25000-23-41-000-2019-00289-01.](#)

### 3. Se negó la solicitud de suspensión provisional del acto de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ESAL ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ESAL ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, solicitando igualmente la suspensión provisional del acto demandado, bajo la consideración de que fue tardía la habilitación que hiciera el comité evaluador a la demandante, quien se inscribió igualmente para dicha elección, a escasas 14 horas de la reunión de elección. La Sala negó la solicitud de suspensión provisional, teniendo en cuenta que las inconformidades alegadas por la demandante no tenían la carga argumentativa suficiente para acceder a la pretendida medida cautelar.*

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Del acto de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ESAL ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se niega al no advertirse una manifiesta infracción de las normas enunciadas**

**Problema Jurídico:** *¿Se debe acceder a la solicitud de suspensión provisional del acto de elección de los Representantes de las entidades sin ánimo de lucro ESAL ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, dada la tardía habilitación que hiciera el comité evaluador a la demandante, quien se inscribió igualmente para dicha elección, a escasas 14 horas de la reunión de elección?*

**Tesis:** “La solicitud de suspensión provisional se fundamenta, (...), en lo que considera su tardía habilitación por parte del Comité Evaluador, a escasas 14 horas de la reunión de elección. Lo anterior, será analizado de conformidad con los reparos que dieron lugar a la admisión de la demanda, tal y como sigue: a. La respuesta al requerimiento de la actora frente al informe de evaluación no se dio con por lo menos 3 días de anticipación. (...). [E]l precepto transcrito [artículo 3 de la Resolución 606 de 2006] no establece ninguna obligación de responder requerimientos en un plazo determinado; más bien impone un deber de publicación del informe de evaluación realizado por el Comité de Evaluación designado por la CAR. (...). [A]dvierte la Sala que la peticionaria confunde el mandato normativo al imprimirle un alcance que no tiene. (...). En todo caso, (...), no es cierto que el informe debiera publicarse con una antelación mínima de tres días a la reunión de elección, pues lo que la norma (...) dispone es que ello tendrá lugar dentro de los 3 días hábiles anteriores a la misma, lo que implica que el Comité Evaluador podía cumplir con su obligación incluso el día hábil anterior a la consabida reunión. No obstante, entre las pruebas que se allegan con el pe-

dido de medida cautelar, no existe alguna con la vocación de acreditar la fecha efectiva de publicación (...), por lo que, en principio, no hay razones para suponer que la CAR no atendió oportunamente la referida exigencia. (...). b. La habilitación de la actora se dio a escasas 14 horas de la reunión de elección y pasados 19 días desde que objetó el informe de evaluación. Eso la puso en desventaja con otros aspirantes, que tuvieron 22 días para preparar su candidatura, lo cual redujo sus garantías de participación. (...). Para la Sala, estos argumentos no permiten evidenciar, (...) una contradicción entre las normas que se invocan y el acto de elección acusado. Ello se debe, principalmente, a que no resulta palmaria la supuesta ventaja que pudieron tener otros candidatos por el hecho de su habilitación previa. (...). En el sub judice, (...), el correspondiente aviso de convocatoria se publicó el 27 de agosto de 2019, y la fundación TEHATI radicó los documentos, tanto para participar del proceso electoral como para presentar la candidatura de la señora Cruz, el 18 de septiembre de 2019. Nada impedía a la demandante, desde ese mismo momento, prepararse (...) para la reunión de elección, lo cual difícilmente podría atenderse de forma apropiada si se espera hasta la habilitación, que, se insiste, podría darse incluso el día anterior. (...). c. La habilitación no le fue notificada personalmente y en un tiempo oportuno, como lo establece tal codificación. (...). Con todo, aun de ser necesaria la confrontación con los artículos 66, 67 y 68 del CPACA, tampoco es dable concluir que hayan sido desconocidos por la forma en que se notificó a la accionante la decisión por medio de la cual el Comité Evaluador de la CAR resolvió que cumplía los requisitos para aspirar al cargo en cuestión. (...). Así mismo, se observa que la notificación se surtió a la

dirección de correo electrónico. (...). En ese orden de cosas, el argumento analizado (...) carece de la entidad suficiente para provocar la suspensión provisional. (...). n. Los candidatos no expusieron sus propuestas. Es cierto que la mentada disposición establece en el literal e) del artículo 5º, relativo al trámite de la reunión de elección, que “Los candidatos deberán intervenir en la reunión, con el fin de exponer brevemente su propuesta de las acciones ambientales que impulsarán en caso de ser elegidos”. (...). [A] partir de los elementos que obran en el plenario hasta esta etapa procesal, es dable afirmar que, en principio, existe una violación a la regulación invocada por la libelista, en tanto se pretermitió una de las fases establecidas en la Resolución 606 de 2006 del MAVDT, particularmente, la breve exposición de propuestas por partes de quienes aspiran a ser elegidos como representantes de las ESAL ante el Consejo Directivo de la CAR. (...). Para la Sala, el alcance de dicho requisito constituye un motivo de discusión frente al que no existen los elementos de juicio requeridos en esta precaria etapa procesal, pues la suficiencia de la presentación escrita de las consabidas propuestas (...), impide la certeza jurídica que se requiere, ab initio, para decretar la pretendida medida cautelar, sin que se corra el riesgo de incurrir en un exceso de rigor al exigirse el cumplimiento de lo normado en el artículo 5 de la Resolución 606 de 2006; aspecto que debe ser disipado en la sentencia que ponga fin al proceso. (...). p. El procedimiento establecido en la Resolución 606 de 2006 no permite el ejercicio del derecho de defensa y contradicción frente a las decisiones del Comité Evaluador, y este organismo, en el caso concreto, tampoco hizo nada para garantizarlo. (...). El planteamiento sub iudice se finca en los presuntos vicios que existen en la Resolución 606 de 2006, que por no ser

el acto de elección, ni una decisión de su trámite que haga parte integral del mismo, es claro que no resulta viable el estudio de procedencia de la medida cautelar en esos términos; sin perjuicio del análisis que sobre el particular corresponda a la Sala en otros estadios procesales. (...). q. Debido proceso, igualdad, participación: “El Comité de Evaluación negó arbitrariamente la posibilidad de que una candidata mujer, quien cumplió con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la Resolución No 606 de 2006 participará activamente y en igualdad de condiciones que los demás candidatos en la reunión de elección de los representantes y suplentes de las ESAL ante el Consejo Directivo de la CAR Cundinamarca”. Es cierto que la actora acusa una indebida exclusión del proceso electoral cuando, desde un comienzo, debió figurar entre los candidatos habilitados. Sin embargo, no explica en forma suficiente por qué tal situación pudo haberse fundado en el hecho de ser mujer. Por otro lado, la Sala no comparte lo afirmado por aquella [demandante] en el sentido que no se le permitió participar en igualdad de condiciones que los demás candidatos “en la reunión de elección”, pues está visto que la habilitación se dio en una fase previa a la reputada audiencia. Del mismo modo, fuerza poner de relieve el hecho que, incluso antes de que se definiera el método de elección, (...) fue la propia peticionaria quien retiró su candidatura por considerar que no contaba con las garantías suficientes. Ergo, mal podría decirse que la dimisión de su postulación (...) sea atribuible al Comité Evaluador de la entidad, cuando está claro que no tuvo ninguna injerencia directa en el desarrollo de la reunión de elección. (...). En retrospectiva, los señalamientos vertidos en la demanda carecen de la entidad suficiente para acceder a la pretendida medida cautelar.”

## Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate

### SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Debió profundizarse en el cargo relacionado con que los candidatos por las ESAL no expusieron sus propuestas

**Tesis:** “Si bien comparto la decisión mayoritaria, mi aclaración de voto recae en el estudio respecto del cargo de desconocimiento del artículo 5 de la Resolución 606 de 2006, referente a que los candidatos por las ESAL no expusieron sus propuestas sobre las acciones ambientales que impulsarán en caso de ser elegidos. Se señala en el auto de la Sala Electoral, que en esta etapa no existen los elementos de juicio requeridos para decretar la procedencia de la medida cautelar, bajo el supuesto que con la presentación escrita de las consabidas propuestas, en una fase previa a la reunión de elección, como lo es la etapa de acreditación de requisitos, impide la certeza jurídica que se requiere, ab initio, para decretar la pretendida medida cautelar. Frente a estos argumentos, se tiene que

en el caso concreto no se analizó la importancia en el marco del proceso electoral la exposición de las propuestas, siendo este requisito indispensable, pues hace parte del criterio objetivo al que deban acceder los electores para poder determinar su voto. En razón de lo anterior, emergía un estudio pormenorizado de la implicación que dicha omisión tiene en el caso concreto, toda vez que este factor objetivo de calificación debe ser tenido como fundamento principal para evitar la arbitrariedad en la decisión electoral e imprimirle un carácter serio y transparente a la etapa correspondiente, situación que no puede asemejarse a la radicación en escrito de ésta, toda vez que el escrito lo que garantiza es el cumplimiento de los requisitos para la inscripción del candidato, mientras que la

etapa de exposición implica la confrontación del candidato con su electorado, en la que se le permite presentar su programa de gobierno y lograr convencerlo para poder votar por su propuesta. Por ende, en el estudio de este cargo no se determinó la incidencia, más aún cuando de lo narrado en la providencia no se detalla la existencia de prueba alguna de la publicación de las propuestas, por el contrario, según las normas que rigen el proceso lo que se publica es el informe de

evaluación en el que no se requiere o por lo menos no se encuentra probado, que contenga los programas medio ambientales que sustentan uno de los requisitos para la postulación de candidatos. Por ello, al momento de decidir este cargo en la medida cautelar, se debió hacer un mayor análisis para determinar si tal omisión no tiene la entidad suficiente para decretar la medida cautelar deprecada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 20 de febrero de 2020, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-28-000-2019-00092-00.](#)

## 4. Se confirmó la decisión que negó la nulidad del nombramiento del director del programa de filosofía de la Universidad del Quindío.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del nombramiento del director del programa de filosofía de la Universidad del Quindío, aduciendo que el demandado incumplió el requisito establecido en la Resolución 5286 de 2019 para ser director del programa de filosofía de la Universidad del Quindío, consistente en acreditar experiencia mínima de un año como miembro del consejo curricular, de facultad, académico o en los comités adscritos a las decanaturas o direcciones de programa de la citada institución de educación superior. La Sala, confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, bajo la consideración de que el demandado (i) acreditó el cumplimiento del requisito de experiencia exigido, y que, en su calidad de catedrático, (ii) estaba habilitado para pertenecer al consejo curricular del programa de filosofía de la Universidad del Quindío, por lo cual acreditó el cumplimiento del requisito exigido para ser director de programa.*

**NULIDAD ELECTORAL – Contra nombramiento del director del programa de filosofía de la Universidad del Quindío / DIRECTOR DE PROGRAMA – Acreditación del requisito de experiencia / DOCENTE DE CÁTEDRA – Habilitado para pertenecer al consejo curricular del programa de filosofía de la Universidad del Quindío**

**Problema Jurídico:** *¿El demandado cumplió el requisito establecido en la Resolución 5286 de 2019 para ser director del programa de filosofía de la Universidad del Quindío, consistente en acreditar experiencia mínima de un año como miembro del consejo curricular, de facultad, académico o en los comités adscritos a las decanaturas o direcciones de programa de la citada institución de educación superior?*

**Tesis:** “Al manifestar su desacuerdo con el fallo del Tribunal Administrativo que negó las pretensiones de la demanda, el actor insistió en que el demandado no reunía el requisito de experiencia de un año como integrante de uno de los consejos de la Universidad del Quindío, para ser designado director del programa de

Filosofía, pues a su juicio el Acuerdo 041 de 2016 derogó varias disposiciones del Estatuto Electoral y restringió la participación de los profesores catedráticos en dichos cuerpos directivos, ya que su labor está limitada a la docencia directa y sin carga administrativa. (...). Como bien lo expuso el Tribunal Administrativo del Quindío en la sentencia apelada, la autenticidad de esos documentos públicos [relativos al requisito de experiencia] no fue desvirtuada por el actor, quien tampoco allegó al proceso un elemento de juicio que permita determinar una situación contraria a la que hizo referencia el decano de Ciencias Humanas y Bellas Artes. Por el contrario, al contestar la demanda la Universidad del Quindío allegó varias actas que demuestran la asistencia del señor López Leal

a diferentes sesiones del consejo curricular del programa de Filosofía, como integrante de dicho organismo en representación de los docentes. Concluye la Sala que el demandado acreditó el cumplimiento del requisito de experiencia exigido en la Resolución 5286 de 2019, (...) pues desde el primero de junio de 2017 y hasta la fecha anterior a la iniciación de la consulta de opinión para la escogencia de los directores de programa era miembro del consejo curricular del programa de filosofía de la facultad de ciencias humanas y bellas artes. Ahora, es cierto, como sostuvo el actor, que el señor López Leal está vinculado a la Universidad del Quindío como profesor catedrático desde hace varios años mediante contratos de prestación de servicios. (...). Según los alcances de la norma [artículo 3 del Acuerdo 041 de diciembre 19 de 2016 del consejo superior de la Universidad del Quindío], es claro que (...) el profesor de cátedra deberá cumplir labores relacionadas únicamente con la docencia directa. Sin embargo, considera la Sala que la restricción impuesta por el Acuerdo 041 de 2016 no afecta

la validez del acto acusado, por cuanto estatutariamente es posible que aparte de la docencia el catedrático pueda llevar a cabo otras actividades en la Universidad, que no tienen naturaleza académica. Desde este punto de vista, resulta necesario destacar que la alternativa que tienen los docentes vinculados en la modalidad de hora cátedra de hacer parte de los organismos de representación y de gobierno de la Universidad del Quindío está respaldada por las normas que, en virtud de su autonomía, rigen el funcionamiento de la institución. (...). Es claro que la norma estatutaria [artículo 47 del Acuerdo 011 de 2010] permite expresamente que un catedrático pueda ser integrante del consejo curricular, como ocurre en el caso del demandado, al margen de las actividades académicas que tiene que cumplir con motivo de su especial categoría de vinculación. (...). Concluye la Sala que el señor López Leal en su calidad de catedrático estaba habilitado para pertenecer al consejo curricular del programa de filosofía de la Universidad del Quindío, por lo cual acreditó el cumplimiento del requisito exigido para ser director de programa.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 23 de enero de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 63001-23-33-000-2019-00117-01.](#)

## 5. Se declaró la nulidad parcial de la resolución expedida por el Consejo Nacional Electoral por medio de la cual se dictan medidas para garantizar la transparencia de los escrutinios y el uso eficiente de los recursos públicos destinados al proceso electoral.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad de la Resolución No. 1706 de 08 de mayo de 2019, ‘Por medio de la cual se dictan medidas para garantizar la transparencia de los Escrutinios, el uso eficiente de los recursos públicos destinados al proceso electoral’, expedida por el Consejo Nacional Electoral, aduciendo falta de competencia al regular asuntos subordinados a la ley estatutaria o que corresponden a la Registraduría Nacional del Estado Civil. La Sala declaró la nulidad de la expresión “Los escrutinios podrán instalarse, pero serán suspendidos en tanto se hace la publicación total ordenada anteriormente” contenida en el artículo segundo y del inciso segundo y el parágrafo del artículo cuarto de la Resolución 1706 de 2019, bajo la consideración de que la ley estatutaria no contempló la suspensión del escrutinio.*

**MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD – Contra acto por medio del cual se dictan medidas para garantizar la transparencia de los escrutinios / SUSPENSIÓN DEL ESCRUTINIO – No está previsto en la ley estatutaria**

**Problema Jurídico:** *¿El acto acusado fue expedido con falta de competencia por el Consejo Nacional*

*Electoral, al regular asuntos subordinados a la ley estatutaria o que corresponden a la Registraduría Nacional del Estado Civil?*

**Tesis:** “En lo que corresponde al otro segmento incluido en la citada norma, el artículo segundo de la Resolución 1706 de 2019 también señaló que “Los escrutinios podrán instalarse, pero serán suspendidos en tanto se hace la publicación total ordenada anteriormente”. Es decir, el acto acusado dispuso expresamente la alternativa de suspender los escrutinios, después de su instalación, a la espera de que sea hecha en su totalidad la publicación de las actas dispuesta en el mismo artículo segundo del acto demandado. Adicionalmente, en el artículo cuarto estableció la garantía del debido proceso administrativo electoral. (...). El texto de esta disposición también incluyó la suspensión del escrutinio para que pueda hacerse la publicación de las actas y archivos y la presentación de posibles reclamaciones, recursos o solicitudes de los interesados frente a los datos electorales. (...). Las reglas contenidas en las citadas disposiciones [artículos 41 y 43 de la Ley 1475 de 2011] permiten establecer que la Ley Estatutaria 1475 de 2011 no contempló la suspensión del escrutinio, pues lo que permite es

que la información vaya siendo consolidada en la medida de la recepción de los pliegos electorales. La posibilidad de suspender el procedimiento puesto en marcha para el escrutinio que sigue a la votación no fue prevista por la norma estatutaria ni siquiera en el evento de no contar con los documentos requeridos para la consolidación de la información. Incluso, tampoco condicionó la actuación desplegada para el escrutinio a la publicación total de las actas que el artículo 41 de la misma ley estableció, ni sujetó la continuidad del procedimiento a la existencia de información parcial que haya sido recibida antes de la consolidación. Considera la Sala que la suspensión del escrutinio dispuesta en los artículos segundo y cuarto de la Resolución 1706 de 2019 es contraria a la preceptiva contenida en la Ley 1475 de 2011, ya que incluyó unas causales, para tales efectos, que no están contempladas en la norma estatutaria y que no podían ser consagradas por el Consejo Nacional Electoral en procura de la transparencia del escrutinio.”

### **Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate**

#### **TRATAMIENTO DE DATOS – La providencia debió recalcar la necesidad que la Organización Electoral garantice los derechos de habeas data / ACTA GENERAL DE ESCRUTINIO – Debíó estudiarse la legalidad de la norma que la contiene**

**Tesis:** “Estoy convencida de la legalidad de permitir la divulgación de los formularios electorales, concretamente del E-11 con miras a imprimir mayores garantías al proceso electoral, en aras de garantizar la voluntad popular expresada en las urnas, en este aspecto la providencia debió recalcar la necesidad que la Organización Electoral garantice los derechos de habeas data que resultan de la posible publicación de datos catalogados como sensibles por la Ley Estatutaria 1581 de 2012 como lo son los datos biométricos concretamente la huella dactilar que estaría plasmada en el mencionado formulario electoral. En razón de lo anterior, si bien se encuentra ajustado a la Constitución y la Ley la consagración de mayores controles frente a la necesidad de establecer que quienes ejercen el derecho al voto son los que están habilitados para ello, también se debe garantizar al momento de publicar los formularios correspondientes que no se afecten derechos fundamentales de quienes plasman sus datos biométricos, por ende quien sea el responsable del tratamiento de los datos al momento de circularlos debe hacerlo garantizando los principios previstos en el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012. De otra parte, no se entiende como el fallo

no estudió la legalidad del artículo 3 del acto demandado, en el que se reguló lo concerniente al contenido de las actas generales de escrutinio, exigiéndoles a las comisiones escrutadoras que para su diligenciamiento se detalle cuáles fueron las mesas recontadas, los pormenores de la votación modificada, la nivelación de mesa, entre otros aspectos fundamentales para el adecuado seguimiento del escrutinio. Considero que este aspecto al tener relación con los cargos de la demanda, debió estudiarse para concluir que tales exigencias del Consejo Nacional Electoral a las comisiones escrutadoras, concretamente a sus secretarios, materializa los cometidos que legalmente se establecieron desde la expedición del Código Electoral, en el que se dispuso que los funcionarios electorales deben detallar los asuntos del desarrollo del escrutinio en dicho documento (art. 172 y otros); lo cual resulta de vital importancia para determinar la verdad electoral, toda vez que la mencionada acta es el soporte en el que se da fe de todas las vicisitudes acaecidas en el marco de la etapa de escrutinio, detalle que sirve de sustento a los ciudadanos para presentar sus reclamaciones o saneamiento de nulidades y al juez para verificar la materialización o no de irregularidades.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 6 de febrero de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2019-00032-00.](#)

# SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

# 1. Definición de situación militar no puede exigirse como requisito en la etapa de inscripción a la carrera diplomática y consular.

**Síntesis del caso:** *El Ministro de Relaciones Exteriores solicita concepto de esta Sala con el fin de aclarar si el requisito contenido en el artículo 20 del Decreto Ley 274 de 2000 consistente en “tener definida la situación militar” para los aspirantes del género masculino que deseen ingresar a la carrera diplomática y consular continúa vigente, debido a los cambios que esta obligación constitucional ha tenido, particularmente con la expedición de la Ley 1861 de 2017 “Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”, conceptuándose por parte de la Sala de Consulta que no se debe seguir exigiendo el requisito de tener definida la situación militar en la etapa de inscripción a la carrera diplomática y consular, sin embargo, dada la obligatoriedad de definir la situación militar en el caso de los varones, dicho requisito debe acreditarse antes de la toma de posesión o dentro de los 18 meses siguientes a la vinculación, de acuerdo a la situación en la que se encuentre el aspirante.*

**INGRESO A LA CARRERA DIPLOMÁTICA Y CONSULAR – Definición de la situación militar / REQUISITO RELACIONADO CON DEFINICIÓN DE SITUACIÓN MILITAR – Momento en que resulta exigible / REQUISITO RELACIONADO CON TENER DEFINIDA SITUACIÓN MILITAR – Debe verificarse antes de la posesión / NOMBRADO EN PERÍODO DE PRUEBA QUE NO ACREDITA DEFINICIÓN DE SITUACIÓN LABORAL – Procede revocatoria de acto de nombramiento**

**Problema Jurídico 1:** *¿Se debe seguir exigiendo a los aspirantes del género masculino que se presentan anualmente al Concurso de Ingreso a la Carrera Diplomática y Consular el requisito de tener definida su situación militar, como lo indica el decreto ley?*

**Tesis 1:** “No se debe seguir exigiendo el requisito de tener definida la situación militar en la etapa de inscripción a la carrera diplomática y consular, tal como lo indica el Decreto Ley 274 de 2000, artículo 20, debido a que con la expedición de la Ley 1861 de 2017, en su artículo 42, quedó derogada parcialmente aquella disposición, pero solo respecto a la oportunidad o el momento en que debe ser validado el cumplimiento de dicho requisito, tal como se explicó en el presente concepto. Sin embargo, dado que la definición de la situación militar es una obligación constitucional y legal que tienen los varones que hayan alcanzado la mayoría de edad y hasta que cumplan los 50 años, esta debe quedar definida en dos momentos posteriores a tal etapa, que dependen de la situación en que se encuentre el aspirante, a saber: 1. Antes de la posesión en el cargo de Tercer Secretario o su equivalente en la planta interna del Ministerio de Relaciones Exteriores, para aquel aspirante que haya sido nombrado en período de prueba por haber sido seleccionado de conformidad con la lista de elegibles, siempre que este haya sido declarado apto por la autoridad militar correspondiente y no se encuentre en alguna de

las circunstancias definidas por el legislador para eximirse de prestar el servicio militar activo. 2. Dentro de los 18 meses siguientes a la vinculación, si la persona que haya superado todas las etapas del concurso para la carrera diplomática y consular se encuentra en alguna de las tres (3) circunstancias que lo eximen de la prestación del servicio militar activo: haber sido declarada no apta, estar exenta y/o haber superado la edad máxima de incorporación a filas.”

**Problema Jurídico 2:** *¿Cómo debe proceder la entidad nominadora si al momento de dar posesión el aspirante no tiene definida su situación militar?*

**Tesis 2:** “El ejercicio de cargos públicos requiere tanto del nombramiento como de la posesión, razón por la cual la jurisprudencia ha señalado que la naturaleza jurídica del acto de nombramiento es la de ser acto - condición, pues para que se concrete la situación jurídica particular allí contenida se requiere del acaecimiento de la condición que es la posesión. En consecuencia, como el ejercicio de un cargo público demanda tanto del nombramiento como de la posesión, la Sala considera que, en virtud del efecto útil de la norma, la cual tiene como finalidad flexibilizar el requisito de tener definida la situación militar en aras de proteger el derecho al trabajo, tal exigencia debe validarse antes de la posesión, permitiendo, por lo tanto, que aquel ciudadano que haya sido nombrado en período de prueba tenga una oportunidad mayor para su

cumplimiento. Ahora bien, si la autoridad nominadora, al momento de dar posesión, advierte que el nombrado en período de prueba no ha cumplido con el requisito de tener definida la situación militar, dicho

acto no se puede ejecutar y por ende, deberá proceder a su revocatoria.” (Concepto con levantamiento de reserva legal mediante auto del 14 de febrero de 2020)”

[Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 30 de julio de 2009, C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación 11001-03-06-000-2019-00026-00\(2412\).](#)

## 2. Competencia de los concejales de Bogotá D.C para presentar proyectos de acuerdo que creen instancias de coordinación entre organismos distritales.

**Síntesis del caso:** *A solicitud del Alcalde Mayor de Bogotá D.C, la Ministra del Interior consulta sobre la competencia del Concejo de Bogotá para presentar por iniciativa propia proyectos de acuerdo para la creación de instancias de coordinación tales como comités, consejos, mesas distritales, juntas y comisiones para el ejercicio de funciones de concertación, estructuración, seguimiento y articulación de políticas distritales y locales.*

**ENTIDADES TERRITORIALES – Estructura administrativa / COMPETENCIA RECONOCIDA A LAS ENTIDADES TERRITORIALES PARA ORGANIZARSE – Manifestación de autonomía / ESTRUCTURA GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DE BOGOTÁ – Competencia del Concejo Distrital / ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ – Iniciativa para presentar proyectos de acuerdo / ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ – Temas en los que tiene iniciativa exclusiva / CONCEJO DE BOGOTÁ Y ALCALDE MAYOR – Competencia compartida para determinar la estructura del Distrito**

**Problema Jurídico:** *“¿Es competente el Concejo de Bogotá D.C., para presentar por su propia iniciativa proyectos de acuerdo para la creación de instancias de coordinación, tales como comités (sectoriales, intersectoriales y locales), consejos (sectoriales, intersectoriales, locales y consultivos) mesas distritales, juntas y comisiones para el ejercicio de funciones de concertación, estructuración, seguimiento y articulación de políticas distritales y locales, así como de articulación y ejecución de estrategias, planes y programas que se desarrollen en el distrito Capital o en cada una de las 20 localidades?”*

**Tesis:** “Una de las principales manifestaciones de la autonomía es la competencia reconocida constitucionalmente a las entidades territoriales para organizar su propio funcionamiento y delimitar las formas o modos de gestión de los servicios que se encuentran a su cargo. Se trata de una potestad de auto-organización, entendida como el conjunto de atribuciones que se les reconoce para que configuren su propia estructura administrativa (...) En el caso del Distrito Capital, para que pueda ejercer sus competencias y lograr sus fines, requiere de un conjunto de instituciones que le permitan materializarlas. Así, el Decreto 1421 de 1993 en su artículo 12 prevé que el Concejo Distrital tiene la atribución de determinar la

estructura general de la Administración Central; las funciones básicas de sus entidades; crear; suprimir y fusionar establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta y la participación del Distrito en otras entidades de carácter asociativo, de acuerdo con las normas que definan sus características; dividir el territorio en localidades; asignarles competencias y asegurar su funcionamiento y recursos. (...) La iniciativa para presentar proyectos de acuerdo es una manifestación del denominado “poder o control de agenda” del Ejecutivo en relación con los concejos, que consiste básicamente en la capacidad del gobierno para activar los procesos en las corporaciones públicas y limitar el rango de asuntos y proyectos para estudio, debate y aprobación. Para el efecto el ejecutivo cuenta con la prerrogativa de establecer una agenda para el análisis de las corporaciones de representación popular (...) Entonces, el Alcalde Mayor ostenta la iniciativa exclusiva de los proyectos de acuerdo que pretendan determinar la estructura general de la administración central, las funciones básicas de sus entidades (D 1421 de 1993, artículo 12, numerales 8 y 16) y los que busquen dividir el territorio del Distrito en localidades, asignarles competencias y asegurar su funcionamiento y recursos (numeral 16 ibídem). Cuando el Concejo determina la estructura

del Distrito puede crear cualquier tipo de entidad independientemente de la denominación que le confiera, y sin sujeción a taxatividad alguna; por ello es totalmente admisible que pueda erigir comités, juntas, concejos y comisiones de coordinación. Sin embargo se trata de una competencia compartida, en la medida en que como ya se anotó en acápite anterior, el

Alcalde Mayor tiene la iniciativa exclusiva para presentar proyectos de acuerdo que busquen establecer o modificar la estructura administrativa distrital, según lo normado por el artículo 13, inciso segundo, y 55, inciso primero.” (Levantamiento de reserva del 10 de febrero de 2020)”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 30 de julio de 2019, C.P. Germán Alberto Bula Escobar, radicación 11001-03-06-000-2019-00051-00\(2416\).](#)

### 3. Competencia para conocer de solicitud tendiente a que se ordene la toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de una sociedad que se dedica a la enajenación de inmuebles destinados a vivienda.

**Síntesis del caso:** *La Alcaldía Distrital de Cartagena a través de su Secretaría de Planeación, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Sociedades declararon su falta de competencia para conocer de la petición de un ciudadano que requería la intervención del proyecto Cartagena Ocean Tower, como quiera que suscribió un contrato de vinculación como beneficiario en virtud del cual debían entregarle un apartamento el 15 de junio de 2016 sin que la constructora hubiese procedido de conformidad, controversia desatada asignándose la competencia a la Alcaldía Distrital de Cartagena para que estableciera y valorara los hechos informados dentro del marco de sus competencias, para considerar la procedencia de la toma de posesión de los negocios, bienes o haberes de dicha sociedad para administrar o liquidar.*

**INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL SOBRE LAS ACTIVIDADES DE URBANIZACIÓN, CONSTRUCCIÓN Y ENAJENACIÓN DE INMUEBLES DESTINADOS A VIVIENDA / COMPETENCIA PARA ADOPTAR LA MEDIDA DE TOMA DE POSESIÓN – Actualmente está a cargo de los municipios a instancias de la autoridad municipal designada por el concejo / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – Competencia para adelantar la liquidación judicial de sociedades dedicadas a actividades de construcción y enajenación de inmuebles para vivienda**

**Problema Jurídico:** *“¿A qué autoridad corresponde la competencia para resolver la solicitud de toma de posesión de los negocios, bienes y haberes de una sociedad que se dedica a la enajenación de inmuebles destinados a vivienda?”*

**Tesis:** “En cuanto a la competencia para adoptar la medida de toma de posesión (...) dicha función se encuentra en la actualidad a cargo de los municipios (...). Como se ha mencionado, la función de inspección, vigilancia y control sobre las actividades de construcción y enajenación de bienes inmuebles para vivienda, dentro de la cual se encuentra la facultad de toma de posesión para administrar o liquidar, fue asignada inicialmente al Gobierno Nacional, por intermedio de la

entonces Superintendencia Bancaria. Posteriormente, se hizo una distribución de competencias entre varias entidades, incluyendo al final a los municipios, como resultado del proceso de descentralización administrativa adelantado desde 1986. La Carta Política de 1991 asignó dichas funciones a los concejos municipales y conforme a esto, la ley estableció que estas funciones debían ser ejercidas por los municipios a instancia de la autoridad municipal que designara cada concejo. (...) [L]a Constitución Política de 1991, en su artículo 313-7, estableció que a los concejos municipales les correspondía reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de in-

muebles destinados a vivienda. Conforme a esta disposición, el legislador, mediante la Ley 136 de 1994, estableció que a partir de 2 de diciembre de 1994 los concejos municipales debían ejercer de manera integral las funciones de inspección, vigilancia y control de las actividades de que trata la Ley 66 de 1968, y que ésta debía llevarse a cabo a través de los municipios, según el contenido expreso del parágrafo del art. 187 de la Ley 136 de 1994. En consecuencia, a partir de la referida fecha, la función de adoptar la medida de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las personas naturales y jurídicas dedicadas a la actividad de enajenación de inmuebles destinados a vivienda que incurrieran en alguna de las causales previstas en el artículo 12 de la Ley 66 de 1968 o la de su liquidación, debía ser ejercida por los municipios. iv) La competencia asignada por la Ley 136 de 1994 a los concejos municipales a través de los municipios fue precisada por la Ley 388 de 1997, de conformidad con la cual la función de inspección, vigilancia y control sobre las actividades de construcción y enajenación de inmuebles para vivienda fue asignada plena e integralmente a los municipios. En efecto, la Ley 388 de 1997 concedió un plazo para que los municipios y

distritos asumieran esa función, por intermedio de las dependencias o entidades que establecieran los respectivos concejos. Este plazo venció seis meses después de la fecha de promulgación de la citada ley, es decir, el 18 de enero de 1998. v) Así, de acuerdo con la Ley 388 de 1997 y con la Ley 136 de 1994, la función de inspección, vigilancia y control sobre las actividades de construcción y enajenación de inmuebles para vivienda quedó en cabeza de las alcaldías municipales, a través de la instancia de la administración designada por los concejos municipales. La referida función incluye la facultad de adelantar la toma de posesión y liquidación de estas sociedades en los términos del art. 12 de la Ley 66 de 1968. Lo anterior, sin perjuicio de la competencia atribuida a la Superintendencia de Sociedades por la Ley 388 de 1997, para adelantar la liquidación judicial de las referidas sociedades, siempre que se presenten los requisitos previstos por el art. 125 ibídem. En este caso, las causales para proceder a un proceso de liquidación judicial no son las previstas en la Ley 1116 de 2006, teniendo en cuenta el régimen especial que aplica a este tipo de sociedades.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Auto del 17 de febrero de 2020, C.P. Édgar González López, radicación 11001-03-06-000-2019-00188-00.](#)

## 4. Se conceptuó sobre la Jornada laboral y compensatorios de empleados públicos bajo el sistema de turnos en la Secretaría Distrital de Salud – Subred «SUR ESE».

**Síntesis del caso:** *El señor director del Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP) formula a la Sala una consulta relacionada con la jornada laboral y los compensatorios de empleados públicos de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que laboran bajo el sistema de turnos, concluyéndose por parte de la Sala, entre otras cosas, que en atención a que el derecho al descanso del trabajador es fundamental y que las normas laborales vigentes para los empleados públicos –vr. gr. Decreto Ley 1042 de 1978 o la Ley 269 de 1996-, no establecen un número de horas laboradas en dominical o festivo, para tener derecho al descanso compensatorio.*

**HORARIO DE TRABAJO / TURNO DE TRABAJO – Como modalidad de distribución de la jornada laboral / DESCANSO DEL TRABAJADOR – No puede considerarse tiempo de servicio para completar la jornada laboral / DESCANSO COMPENSATORIO – Requiere que se haya laborado en dominical / DESCANSO DEL TRABAJADOR – Carácter fundamental**

**Problema Jurídico 1:** *¿Teniendo en cuenta que el Decreto Ley 1042 de 1978 establece la jornada laboral*

*de 44 horas semanales, y que de acuerdo a la necesidad del servicio de cada entidad del orden territorial*

*(Empresas Sociales del Estado) se requiere la asignación de un sistema de turnos, de tal forma que se garantice la prestación del servicio 24/7; ¿Cómo debe realizarse la asignación de turnos de dichos empleados, de tal forma que los mismos laboren las 44 horas semanales y su jornada de trabajo no se vea reducida a un número inferior de horas por los días compensatorios de que trata el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978?*

**Tesis 1:** “Es competencia del jefe del organismo o entidad, según las necesidades del servicio, establecer el horario de trabajo y, dentro del mismo, los turnos de trabajo como modalidad de distribución de la jornada laboral conforme a la cual debe prestarse el servicio. El turno de trabajo o el sistema de turnos integra la noción legal de horario de trabajo, esto es, la distribución de la jornada laboral según un orden establecido previamente, que en el caso del servicio de salud debe corresponder a la naturaleza permanente e ininterrumpida del mismo, para lo cual deberá tener en cuenta los límites de las jornadas máximas de trabajo previstas en el Decreto Ley 1042 de 1978. En consecuencia, el jefe del organismo o entidad tiene la competencia para distribuir esta jornada de 44 horas en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, incluido el trabajo habitual los dominicales o festivos, por el sistema de turnos, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y el derecho al descanso del trabajador, entre otros aspectos, todo con el fin de optimizar dicho sistema (...) Los empleados que habitual y permanentemente completan su jornada de trabajo los domingos, tienen derecho al reconocimiento de un día de descanso compensatorio (...) El descanso del trabajador corresponde a un cese en el trabajo, por lo que en manera alguna puede ser considerado como tiempo de servicio para completar la jornada laboral, sin perjuicio de que su remuneración se entienda incluida en el valor del salario mensual. Para tener derecho al descanso compensatorio se requiere haber laborado en dominical, es decir, se trata de «compensar» un trabajo previamente realizado. En

otras palabras, por trabajar habitualmente en dominical, se concede el efecto opuesto a dicho tiempo de servicio como lo es el descanso, de allí su denominación como compensatorio. Para tal fin, el empleador deberá fijar las horas de trabajo habitual en dominical que optimicen el sistema de turnos y sean razonables y proporcionales para disfrutar el descanso compensatorio”.

**Problema Jurídico 2:** *¿Cómo debe ser reconocido el compensatorio, cuando un empleado ha laborado el dominical por horas? ¿Debe reconocerse el día completo de descanso, o el mismo será proporcional a las horas efectivamente laboradas*

**Tesis 2:** “Las normas laborales vigentes para los empleados públicos no establecen un número de horas laboradas en dominical o festivo para tener derecho al descanso compensatorio. En atención a que el derecho al descanso del trabajador tiene el carácter de fundamental, la Sala concluye que la prestación del servicio de manera habitual los domingos y festivos por el sistema de turnos, conlleva para el trabajador el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, según lo establece el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada laboral por el sistema de turnos. Reitera la Sala que el jefe del organismo o entidad tiene la competencia para distribuir la jornada laboral en los horarios de trabajo que se hagan necesarios, incluido el trabajo ordinario los dominicales o festivos, por el sistema de turnos, atendiendo la demanda de servicios, las cargas de trabajo y el derecho al descanso del trabajador, entre otros aspectos, todo con el fin de optimizar dicho sistema. De esta manera, el sistema de turnos corresponde a una forma de organizar el trabajo bajo un criterio de continuidad en la actividad que desarrolla una entidad o empresa, con criterios de optimización que satisfagan tanto las necesidades del servicio y los derechos de los trabajadores, por una parte, como la utilización eficiente de los recursos públicos, por la otra.”

[Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de diciembre de 2019, C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación 11001-03-06-000-2019-00105-00\(2422\).](#)