

EDICIÓN
236

NOVIEMBRE DE 2020

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



#CEtrabajaencasa

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Álvaro Namén Vargas
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
César Palomino Cortés
Rafael Francisco Suárez Vargas
Marta Nubia Velásquez Rico
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Stella Jeannette Carvajal Basto
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
Leonardo Vega Velásquez
Camilo Augusto Bayona Espejo
Juan Alejandro Suárez Salamanca

DISEÑO

Oficina de Prensa

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 236, noviembre 2020
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co

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



CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL	4
I. NORMAS ANULADAS	6
II. EXHORTOS	7
III. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN.....	8
IV. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	22
V. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .	38
VI. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD	41
VII. SECCIÓN PRIMERA.....	47
VIII. SECCIÓN SEGUNDA	55
IX. SECCIÓN TERCERA.....	64
X. SECCIÓN CUARTA.....	77
XI. SECCIÓN QUINTA.....	86
XII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	92

EDITORIAL

Presentamos a nuestros lectores una edición muy interesante con cuatro sentencias de unificación que se sintetizan a continuación:

La Sala Once Especial de Decisión unificó jurisprudencia al establecer que “Las órdenes para la protección o restablecimiento de los derechos e intereses colectivos que se profieran en los procesos de acciones populares deben guardar relación con la causa petendi de la demanda y atacar la fuente de la amenaza o vulneración del derecho o interés colectivo. En ningún caso pueden estar dirigidas a garantizar, salvaguardar o restituir derechos o intereses particulares, subjetivos o de contenido pecuniario, como aquellos relacionados con la ejecución de contratos de mutuo celebrados entre particulares y establecimientos de crédito para la financiación de bienes inmuebles aquejados por fallas estructurales, de estabilidad o por contaminación ambiental.”

La Sección Tercera unificó jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. En este sentido, fijó los siguientes puntos de unificación:

- a) Cuando no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer de controversias en las que haga parte un prestador de servicios públicos domiciliarios, deberá acudir a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 82 del CCA, hoy 104 del CPACA) para resolver el vacío normativo; si, con base en ello, no se desprende el conocimiento de esta jurisdicción, corresponderá a la jurisdicción ordinaria.
- b) Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa.
- c) Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, las controversias relativas a actos precontractuales de prestadores de servicios públicos domiciliarios de conocimiento de esta jurisdicción, que no correspondan a actos administrativos, deberán tramitarse a través de la acción (medio de control en el CPACA) de reparación directa.
- d) Como garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, el juzgador de conocimiento de este tipo de controversias, en relación con las demandas presentadas antes de la notificación de esta providencia, resolverá la controversia de fondo, aunque no se haya empleado la acción (medio de control) que corresponda, en el marco del régimen jurídico aplicable a este tipo de actos.

La Sección Cuarta unificó la jurisprudencia en cuanto a la compensación de pérdidas fiscales en procesos de fusión por absorción, ante la existencia de pronunciamientos divergentes sobre el particular. En concreto, la Sala precisó la normativa aplicable a la compensación de pérdidas fiscales resultantes de los procesos de fusión de sociedades, para lo cual fijó el alcance interpretativo del artículo 147 del Estatuto Tributario y estableció como regla jurisprudencial de unificación, aplicable a la compensación en comento, que “Para todos los efectos, dentro de los límites porcentuales y temporales establecidos por el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, se entenderá que las sociedades «fusionadas» a que alude la norma son aquellas que participan o intervienen en el proceso de fusión, y que incluyen a las sociedades absorbentes y a las absorbidas”. Además, la Sala señaló que la mencionada regla jurisprudencial rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial y que no se podrá aplicar a conflictos decididos con antelación.

Igualmente, dada la existencia de pronunciamientos divergentes, la Sección Cuarta unificó la jurisprudencia sobre la deducibilidad de la diferencia en la negociación de TIDIS, en el sentido de establecer su procedencia. Para el efecto, fijó como regla jurisprudencial de unificación que “El menor valor que resulta de la negociación de títulos de devolución de impuestos –TIDIS– es deducible, siempre que se acrediten los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario”, regla aplicable para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial y no a conflictos decididos con antelación. Además, la Sala rectificó la jurisprudencia de la Sección en cuanto a la naturaleza jurídica de dicha diferencia, para señalar que constituye un gasto financiero a título de descuento derivado de la dinámica fiscal de los contribuyentes, quienes, por ministerio de la ley, pueden negociar los TIDIS.

Les recomendamos la lectura y análisis de estas interesantes sentencias de unificación y las demás decisiones que integran la edición 236 del boletín, pues estamos seguros de los importantes aportes de estos pronunciamientos jurídicos.

I. NORMAS ANULADAS

1. La Resolución 001 de 2010, El Decreto 383 de 2007, *“Por medio de la cual se modifica el Decreto 177 de 2002 que contiene los Estatutos de Metroparques”*, expedida por la Junta Directiva de Metroparques.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de septiembre de 2020, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 05001-23-31-000-2011-00299-01 \(ver página 51 de este boletín\).](#)

2. El Acuerdo 013 de 2000, *“Por el cual se reglamenta la participación ciudadana en la elaboración, aprobación, ejecución, seguimiento, evaluación y control del Plan de Desarrollo Económico y Social para las diferentes localidades que conforman el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Concejo de Bogotá: La expresión *“sin discriminación alguna, los residentes en el sector”*, contenida en el artículo 12.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 13 de agosto de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-24-000-2012-00358-01. \(ver página 52 de este boletín\).](#)

3. El Acuerdo 200.02.009 de 2009, *“Por medio del cual se adopta la revisión y ajuste del Plan Básico de Ordenamiento Territorial de Arauca y se deroga el Acuerdo 026 de 2000”*, expedido por el Concejo Municipal de Arauca.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de septiembre de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 81001-23-31-000-2012-00079-01. \(ver página 53 de este boletín\).](#)

4. El Decreto 650 del 3 de abril de 1996: Los incisos cuarto, quinto y séptimo del artículo 15 y la totalidad del artículo 16.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de septiembre de 2020, C. P. \(E\) Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2014-00051-00 \(21206\) \(ver página 84 de este boletín\).](#)

II. EXHORTOS

La Sección Quinta exhortó a la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta para que, en lo sucesivo, tratándose del medio de control de nulidad electoral, se resuelva en el mismo auto la admisión de la demanda y la medida cautelar.

Sobre el particular señaló: *“Teniendo claras las normas que rigen la medida cautelar en materia electoral y, los requisitos que se deben cumplir para su estudio, se tiene que, en el presente proceso acumulado, el a-quo, no le dio el trámite que ordena el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, concretamente, lo relacionado con su resolución en el mismo auto admisorio de la demanda. No obstante, ello, dicha irregularidad no es constitutiva de causal de nulidad alguna que amerite su decreto, toda vez que a la luz del artículo 133 del Código General del Proceso, esta circunstancia no se encuadra en ninguno de los presupuestos allí establecidos; por ello, no resulta viable su declaratoria; no obstante, se le exhortará para que en lo sucesivo guarde las formas que la ley procesal exige en materia de nulidad electoral.”*

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 2 de octubre de 2020, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 50001-23-33-000-2020-00012-01.](#)

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

1. Se unifica jurisprudencia para precisar que las órdenes para la protección o restablecimiento de los derechos e intereses colectivos que se profieran en los procesos de acciones populares deben guardar relación con la causa petendi de la demanda y atacar la fuente de la amenaza o vulneración del derecho o interés colectivo.

Síntesis del caso: *La Sala Especial de Decisión infirmó sentencia de primera instancia que había ordenado la cancelación de unos títulos crediticios por vía de acción popular tras considerar que dicha orden no se avenía con la regla de fijada según la cual “... las órdenes para la protección o restablecimiento de los derechos e intereses colectivos que se profieran en los procesos de acciones populares deben guardar relación con la causa petendi de la demanda y atacar la fuente de la amenaza o vulneración del derecho o interés colectivo. En ningún caso pueden estar dirigidas a garantizar, salvaguardar o restituir derechos o intereses particulares, subjetivos o de contenido pecuniario, como aquellos relacionados con la ejecución de contratos de mutuo celebrados entre particulares y establecimientos de crédito para la financiación de bienes inmuebles aquejados por fallas estructurales, de estabilidad o por contaminación ambiental.”*

UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA / ACCIÓN POPULAR – No es para garantizar derechos particulares o de contenido pecuniario / ACCIÓN POPULAR – Finalidad / JUEZ DE ACCIÓN POPULAR – Límite de sus facultades / MEDIDAS PECUNIARIAS – Requisitos / DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS – Concepto / SENTENCIAS QUE RESUELVEN LITIGIOS EN ACCIONES POPULARES – Efectos de cosa juzgada

Problema Jurídico 1: *¿Cuál es el límite de las facultades otorgadas al juez de la acción popular a las medidas en procura de conjurar las conductas lesivas al derecho colectivo cuya protección se reclama?*

Tesis 1: “[L]as acciones populares no son el medio judicial idóneo para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños derivados de la acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares, y que el objetivo exclusivo de la condena económica es la restauración del bien o interés afectado. (...) [E]s imperativo acreditar el daño irrogado al derecho o interés colectivo, bajo el entendido de que la medida de reparación no resulta procedente cuando la acción popular se dirige a prevenir o hacer cesar una amenaza o peligro. (...), [L]a imposición de una medida pecuniaria debe estar precedida de un daño cierto, imposible de ser restablecido por vía de una orden de hacer o no hacer. La indemnización se muestra en esos casos como el medio efectivo para lograr el restablecimiento del derecho o interés colectivo conculcado, por lo cual sólo puede ser utilizado con ese fin, por parte de la autoridad que se encuentre en capacidad o en el deber legal de protegerlo. (...) [S]on derechos e intereses colectivos aquellos que afectan a una comunidad -determinada

o indeterminada- y que trascienden el espectro individual de una persona; en resumen, son bienes jurídicos que coinciden en su objeto indivisible, pues se proyectan de forma unitaria hacia una colectividad, de modo que ninguno de los integrantes puede ser excluido de su goce. (...) La mera pluralidad de personas inmersas en una misma situación jurídica no da nacimiento a un derecho colectivo. Se requiere sine qua non la afectación a una asociación de personas, en un interés global, más allá del subjetivo que le pueda asistir a cada particular. (...) La Ley 472 de 1998 dotó al juez de la acción popular de amplias facultades para lograr la protección de los derechos e intereses colectivos vulnerados o amenazados. (...) el ordenamiento legal le confirió poder discrecional al juez popular para determinar las medidas procedentes y conducentes a fin de conjurar la conducta lesiva al derecho o interés colectivo; empero, en esa actividad deberá siempre velar por el respeto del debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes (art. 5). (...) Las acciones del juez deben, entonces, estar siempre dirigidas a cautelar los derechos e intereses colectivos de la comunidad. (...) [A]l analizar la causa petendi el fallador tiene la potestad de determinar los derechos e intereses colectivos en riesgo, y proferir las decisiones necesarias para garantizar su protección.”

Problema Jurídico 2: *¿Las pretensiones dirigidas a alterar las condiciones contractuales de créditos hipotecarios carecen de contenido económico y atañen a derechos e intereses colectivos? En caso positivo, ¿Las medidas de suspensión, restructuración o extinción de contratos de mutuo con establecimientos de crédito tienen la virtualidad de prevenir o hacer cesar el daño a los derechos e intereses colectivos conculcados por la exposición a fuentes de contaminación y/o por daños estructurales de viviendas?*

Tesis 2: “[L]a respuesta a los dos cuestionamientos es negativa. (...) [L]as acciones de protección deben estar dirigidas únicamente a hacer cesar la vulneración del derecho colectivo, a prevenir su violación o a restituir las cosas al estado anterior. (...) Los casos que se analizan en este acápite plantearon una misma problemática. En estos se demostró que los proyectos inmobiliarios en los que se ubicaban las viviendas de propiedad de los accionantes presentaban fallas estructurales y/o contravenían la normativa ambiental, lo cual imposibilitaba su habitabilidad, por comportar un riesgo para la seguridad, la salud o la vida de los moradores. (...) [E]ra claro que algunos derechos colectivos como el goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad públicas, la prevención de desastres previsibles y el derecho a tener construcciones que beneficien la calidad de vida de los habitantes -consagrados en la Ley 472 de 1998- se encontraban en riesgo, lo cual resultaba suficiente para tramitar la acción popular. Advertida la amenaza al interés colectivo, le competía al juzgador determinar quién era el responsable de crear la situación perjudicial e implementar las medidas necesarias para prevenir la materialización del daño contingente o para hacer cesar o restituir el que ya estuviere consumado. En lo que concierne a los actores de la conducta lesiva, la responsabilidad apuntaba a los encargados de aprobar y realizar las construcciones, si se tiene en cuenta que el estado de peligro surgió debido a las deficiencias reportadas en la estructura y estabilidad de las viviendas, así como a los problemas de contaminación en el sector. Frente a las órdenes de protección conducentes y pertinentes para evitar la concreción del riesgo, procedían todas aquellas encaminadas a garantizar la seguridad, la vida, la salud y la integridad física de

los habitantes, y a mejorar las condiciones medioambientales de la zona, incluida la imposición de condenas, pero con la única finalidad de lograr el restablecimiento de los derechos e interés amenazados. En ese escenario, algunas medidas de amparo convenientes para hacer cesar el peligro comprendían la realización de trabajos de adecuación y estabilización de las viviendas, labores de saneamiento y mantenimiento de las zonas aledañas para mitigar las filtraciones o erradicar los focos de contaminación, o la reubicación de los residentes de los inmuebles afectados, por solo nombrar algunos ejemplos. Sin embargo, las órdenes de extinción o suspensión de créditos hipotecarios, lejos de erradicar o mermar la amenaza por el mal estado de los inmuebles y del ecosistema, persiguió la protección de intereses individuales, subjetivos y con contenido económico, aspectos todos estos ajenos a las finalidades de la acción popular. Ciertamente, las personas que celebraron contratos de mutuo para financiar sus viviendas, aun cuando reunidas conforman un grupo, no se convierten per se en titulares de un derecho o interés colectivo. Sus relaciones contractuales con los entes del sistema financiero son independientes e individuales, por ende, las controversias que surgen en virtud de los créditos solo conciernen a los contratantes, pero carecen de la potencialidad de beneficiar o damnificar a los demás deudores y, menos aún, a la colectividad que adquirió unidades habitacionales en los proyectos de construcción con otros medios de financiación. (...) En aras de unificar el criterio jurisprudencial de la Corporación en el tema bajo estudio, se dicta la siguiente pauta: Las órdenes para la protección o restablecimiento de los derechos e intereses colectivos que se profieran en los procesos de acciones populares deben guardar relación con la causa petendi de la demanda y atacar la fuente de la amenaza o vulneración del derecho o interés colectivo. En ningún caso pueden estar dirigidas a garantizar, salvaguardar o restituir derechos o intereses particulares, subjetivos o de contenido pecuniario, como aquellos relacionados con la ejecución de contratos de mutuo celebrados entre particulares y establecimientos de crédito para la financiación de bienes inmuebles aquejados por fallas estructurales, de estabilidad o por contaminación ambiental.”

[Consejo de Estado, Sala Once Especial de Decisión, Sentencia de 5 de mayo de 2020, C.P. María Adriana Marín, radicación 25000-23-15-000-2006-00190-01\(AP\)REV-SU.](#)

Salvamento de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Inexistente a la fecha de emisión de fallo de acción popular / AUTO QUE ACEPTA LA SELECCIÓN DEL FALLO REVISADO – No integraba problema jurídico dilucidado en sentencia objeto de salvamento / SUSPENSIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS – Estaban sustentadas en las pruebas del expediente / SENTENCIA INFIRMADA – Ordenaba suspensión no extinción de créditos hipotecarios

Problema Jurídico: *¿Las reglas de unificación fijadas daban lugar a que se infirmara la sentencia objeto de revisión?*

Tesis: *“Considero que al momento de expedirse el fallo objeto de revisión (7 de mayo de 2012), no existía sentencia de unificación¹, tampoco jurisprudencia reiterada de esta Corporación, a la que se debiera sujetar el juez popular para decidir la acción constitucional de la referencia, en relación con la «suspensión del cobro de créditos hipotecarios o de procesos judiciales cursantes en virtud de los mismos», como medida de protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios en los casos en que se concluye el favorecimiento de las entidades que financian programas de viviendas construidas en terrenos no aptos y de créditos para adquirirlas, así como el detrimento patrimonial causado por tal adquisición. (...) Observo que la sentencia respecto de la cual presento este salvamento de voto no se ajusta en un todo al marco jurídico de análisis delimitado en el auto del 9 de abril de 2015 (...) considero que la suspensión de créditos hipotecarios, decretada en la sentencia del 7 de mayo de 2012 (seleccionada para revisión), está sustentada en las pruebas aportadas al expediente, conforme con la*

valoración que el juez popular realizó en su oportunidad y, corresponde al ejercicio de los poderes otorgados a dicho juez por el legislador, en los términos previstos en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998. Providencia que, en mi criterio, no puede resultar alterada por la regla de unificación impartida por esta Sala. En los anteriores términos pongo de presente mi desacuerdo con la decisión mayoritaria de la Sala pues, a mi juicio, la única regla de unificación posible, si hubiere lugar a ello, sería la de «UNIFICAR la jurisprudencia en materia de “extinción de obligaciones hipotecarias en las acciones populares”, en el sentido de precisar que la protección jurisdiccional sobre derechos colectivos en acciones populares en las que se ventilen las condiciones de habitabilidad o uso de las viviendas construidas en terrenos no aptos o que amenacen a ruina, no puede expresarse ni extenderse a órdenes de extinción de obligaciones hipotecarias o redención de créditos derivados de las mismas». Y como la sentencia del 7 de mayo de 2012, objeto de revisión eventual, refiere a la «suspensión de créditos hipotecarios» y no a la «extinción» de los mismos, considero que dicha providencia no podía informarse.”

[Consejo de Estado, Sala Once Especial de Decisión, Sentencia de 5 de mayo de 2020, C.P. María Adriana Marín, S.V. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación 25000-23-15-000-2006-00190-01\(AP\)REV-SU.](#)

¹ CPACA, arts. 270 y 271.

2. Sección Tercera unificó jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Síntesis del caso: *Al resolver una demanda contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en la que se solicitó la declaratoria de nulidad del acto de aceptación de la oferta dentro de un proceso de selección de contratista, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó jurisprudencia en los siguientes temas: Los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios son actos privados, por lo que no tienen la naturaleza de actos administrativos, salvo las excepciones que expresamente señale la ley. Con base en la cláusula general de competencia, las demandas contra estos actos, cuando la entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios sea pública, será de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa. Las controversias sobre estos actos deberán tramitarse a través del medio de control de reparación directa. En los procesos iniciados con anterioridad a esta sentencia de unificación, el juzgador deberá resolver de fondo la controversia aun cuando no se hubiera utilizado el medio de control adecuado.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL / ACTO PRECONTRACTUAL / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / FACULTAD DE EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Problema Jurídico 1: *¿Son de naturaleza privada los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios?*

Tesis 1: “La jurisprudencia de esta Corporación no [ha] tenido una postura uniforme sobre la determinación de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por entidades que tienen regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993 y, especialmente, de aquellos actos de este tipo proferidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios. En época reciente, se constata una tendencia jurisprudencial que sostiene que, salvo expresa atribución legal, los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden expedir actos administrativos. En efecto, incluso cuando la regla general de conocimiento de las controversias precontractuales y contractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios era de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, salvo cuando se constataban efectivos actos administrativos por expresa disposición legal, se entendía que se trataba de típicos actos enmarcados en el derecho privado. Prueba de lo anterior corresponde a la ya citada providencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo S-701 de 23 de septiembre de 1997, que señaló que “los actos de las

empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos”. Actualmente, en la jurisprudencia de esta Corporación y, obviamente, en el marco del conocimiento suyo de este tipo de controversias, se han observado dos posturas distintas: una, según la cual, se pueden producir efectivos actos administrativos y, como tales, deben ser juzgados y; otra, que retoma la postura contemplada en la ya citada providencia de 23 de septiembre de 1997, de la que se deriva la naturaleza privada de estos y, por ende, la necesidad de juzgarlos en el marco de la responsabilidad precontractual y sus reglas aplicables en los estatutos civil y comercial. Esta Sala acogerá la última postura y, como sustento, estima oportuno precisar que, en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho.”

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTROVERSIAS EXTRA CONTRACTUALES / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CLÁUSULA GENERAL DE COMPETENCIA

Problema Jurídico 2: *¿Es competente la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las demandas contra los actos precontractuales de las*

entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios?

Tesis 2: “Sobre el conocimiento, o no, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de controversias de naturaleza contractual o extracontractual de prestadores de los servicios públicos domiciliarios no ha existido una línea unívoca. [...] El problema tuvo origen en un vacío normativo. En efecto, la Ley 142 de 1994, que contempla un régimen jurídico mixto y prevalentemente privado para los prestadores de estos servicios, nada indicó, en términos generales, sobre el juez de las controversias de los prestadores. En cambio, se limitó a establecer soluciones de competencia para situaciones específicas. Frente a este vacío, y con el trasfondo lógico de la, no poco frecuente, fundamentación histórica de la jurisdicción de lo contencioso administrativo como juez de los servicios públicos, esta Corporación intentó darle solución al problema con tesis no uniformes, aunque construidas en un considerable espacio de tiempo. Con ánimo de síntesis se pueden recoger tres: En un primer momento, se concibió que, como la regla general en servicios públicos domiciliarios era el régimen jurídico privado de sus prestadores, el conocimiento de sus controversias correspondería a la jurisdicción ordinaria. Mientras que, en los casos en los que, excepcionalmente, se tratara de controversias que debían ser resueltas con derecho público, su conocimiento correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En un segundo momento, exclusivamente respecto de las controversias originadas en contratos, se indicó que cuando los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por entidades estatales, se constataba su calidad de

contratos estatales especiales ya que, por regla general, no se regían por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, situación que no obstaba para que dejaran de ser contratos estatales y el juez de sus controversias la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esta tesis exigía el reconocimiento, por parte del juez, de la naturaleza de entidad estatal (o pública) del prestador de servicios públicos domiciliarios; situación nada pacífica a la luz de la jurisprudencia de entonces. Finalmente, y esta corresponde a la posición constante vigente que se adopta en esta sentencia, se construyó una tesis que encuentra fundamento en una solución de derecho positivo: si el problema surge frente a un vacío normativo, todas las situaciones en las que la Ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o de la jurisdicción ordinaria, deben solucionarse de la mano de la norma contentiva de la cláusula general de competencia de la primera, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas. [...] [L]a cláusula general de competencia, vigente para la época del caso concreto, era el artículo 82 del CCA (hoy contenida en el artículo 104 del CPACA). Esta disposición normativa tenía un talante material que, luego, fue sustituido por uno orgánico, a partir de la reforma que le introdujo la Ley 1107 de 2006, en virtud del cual, si el sujeto prestador del servicio público domiciliario involucrado en la controversia era una entidad pública, el conocimiento de esta correspondería a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”

FUENTE DEL DAÑO / ACTO PRECONTRACTUAL / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL / CULPA IN CONTRAHENDO

Problema Jurídico 3: *¿Cuál es el medio de control idóneo para dirimir las controversias sobre los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios?*

Tesis 3: “[U]na vez en claro que el acto precontractual demandado constituye un acto jurídico de carácter privado, se concluye que el daño alegado por el actor no tuvo origen en la presunta ilegalidad de un acto administrativo. Por lo tanto, la acción idónea para estudiar esta controversia correspondía a la reparación directa, contemplada en el artículo 86 del CCA. Cabe recordar que, de la redacción de la citada disposición, se desprende que la acción (medio de control) de reparación directa no se circunscribe a controversias que encuentren causa en hechos, omisiones y operaciones administrativas, sino que se extiende a “cualquier otra causa” lo que refuerza desde el derecho positivo nacional el carácter integrador de esta acción. En efecto, reciente Auto de 11

de mayo de 2020 de la Subsección C, con ponencia del Consejero de Estado Jaime Enrique Rodríguez Navas (exp. 58562), indicó que las pretensiones relativas a determinar la invalidez de los actos que se rigen por el derecho privado deben encauzarse por el medio de control de reparación directa. Dicha idea, además, se refuerza cuando se observa que una parte importante de la doctrina encuadra la responsabilidad precontractual dentro de la categoría de la responsabilidad extracontractual. Ello, en la medida en que esta responsabilidad se configura cuando el contrato aún no se ha celebrado y puede, incluso, nunca perfeccionarse. La referida tesis también fue adoptada, de tiempo atrás, por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la pretensión declarativa de responsabilidad por culpa *in contrahendo* tiene fundamento en la responsabilidad extracontractual.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00131-01\(42003\).](#)

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

ACTIVIDAD CONTRACTUAL / ACTO PRECONTRACTUAL / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMENES EXCEPTUADOS / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Tesis: “A mi juicio, el medio de control procedente dependerá de si el contrato se perfeccionó, según las reglas de la oferta y la demanda, en especial, de la previsión contenida en el artículo 860 C.Co. para las licitaciones públicas y privadas y de las condiciones de la invitación que formule la entidad exceptuada de la Ley 80 de 1993. En este proceso, la acción procedente era la de reparación directa, pues la EAAB formuló una invitación a presentar propuestas y no una oferta. [...] En regímenes exceptuados del estatuto contractual, lo que corresponde es analizar la responsabilidad precontractual -por la ruptura de las tratativas- o contractual -si se formó el contrato

con el ofertante demandante no seleccionado- de acuerdo con las reglas del artículo 860 C.Co. Insistir en el medio de control de controversias contractuales, a pesar de la evidente ausencia de actos administrativos, supone contrariar el régimen de derecho sustantivo de derecho privado ordenado por las leyes de ese sector de la economía. [...] En mi criterio, no era necesario unificar jurisprudencia sobre la jurisdicción, dado que desde la expedición de la Ley 1106 de 2007, se incluyó el criterio orgánico para definir los casos que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, norma vigente a la fecha de la presentación de la demanda —16 de octubre de 2008.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00131-01\(42003\). A. V. consejero Guillermo Sánchez Luque.](#)

Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL / ETAPA PRECONTRACTUAL / FUENTE DEL DAÑO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Tesis: “La sentencia de unificación viene consecuente con los trazos que en la materia venía delineando en los últimos años la Sección Tercera – y de ello da buena cuenta esta Sentencia -, especialmente en cuanto atañe a la cuestión del medio de control que debe dar cauce a las pretensiones originadas en el acontecer precontractual de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, y aún, de otras entidades que por disposición legal disciplinan su proceder en estos asuntos con sujeción al derecho privado. [...] En el caso particular que concernía resolver a la Sala, considero que la Empresa de Servicios Públicos demandada, en un ejercicio de autorregulación, se obligó a observar determinados pasos y ritos para la celebración de sus contratos, y que

los sometió así a una forma de solemnidad presidida por el principio de la escrituralidad al margen de lo que la legislación supletiva de la voluntad hubiere previsto para su perfeccionamiento. Llamó a los interesados a presentar ofertas, y aquellos que aceptaron la invitación con anuencia en relación con sus condiciones, adhirieron a esa concepción solemne del contrato. Esa la razón por la cual, la fuente del daño en el caso debía buscarse en la transgresión de los deberes de diligencia y lealtad que presiden la relación precontractual, no en un contrato consensual producto de la aceptación de la oferta. Y tal circunstancia abonaba la adhesión a la reparación directa como medio de control.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00131-01\(42003\). A. V. consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas.](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACTO PRECONTRACTUAL / ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tesis: “Tratándose de las empresas de servicios públicos domiciliarios sometidas al derecho privado en su régimen contractual, por regla general, no es posible enjuiciar la legalidad objetiva de sus actuaciones precontractuales y en ningún caso la causal especial de nulidad absoluta del contrato consistente en la nulidad de los actos administrativos que lo fundamenten, resulta aplicable. [...] En mi opinión, la razón que posibilita el estudio de fondo del caso estriba en que el inciso segundo del artículo 87 del CCA, por regla general, no resulta aplicable para demandar la responsabilidad precontractual de las entidades estatales sometidas en su contratación a un régimen de derecho privado, puesto que dicho inciso parte de la premisa de que la entidad estatal demandada, cuya actividad contractual se cuestiona, expide actos que son objeto de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, actos que no son otros que los administrativos, en la medida en que así lo establecían los artículos 84 y 85 de dicho estatuto. [...] No desconozco que algunas empresas de

servicios públicos domiciliarios le dan a sus actuaciones el ropaje de actos administrativos, pero en esos casos, según lo anoté en párrafos precedentes, la jurisprudencia de la Corporación, solo por excepción, ha abordado esos actos como formalmente administrativos bajo la cuerda de las acciones de nulidad de los artículos 84 y 85 del CCA cuando corresponden a la etapa precontractual o de la acción de controversias contractuales cuando corresponden a las demás etapas, sin que en ningún caso ello hubiera significado admitir que dichas actuaciones no se rijan por el derecho privado como regla general. [...] El cuarto punto de la unificación desconoce la vigencia del cambio de precedente, en la medida en que compele a los operadores judiciales a resolver de fondo los casos en los que se hubiera escogido indebidamente la acción o medio de control contra actos precontractuales de las empresas de servicios públicos domiciliarios, impidiéndoles proferrir decisiones inhibitorias cuando no resulte procedente la readecuación de la acción o medio de control interpuesto, alternativa con la que válidamente venían contando.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00131-01\(42003\). A. V. consejera Marta Nubia Velásquez Rico.](#)

Aclaración de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez

ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL / CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Tesis: “[N]o estimo acertada la invocación que se hace en la sentencia sobre la observancia del artículo 13 de la ley 1150 de 2007 por parte de las ESP públicas, pues, a más de ser innecesaria para soportar la decisión jurisprudencial que se adopta, resulta doblemente imperfecta, pues entiende que el régimen contractual en materia de servicios públicos domiciliarios es un régimen exceptuado, lo que, como he indicado, no comparto, sino que, además, implica calificar de manera apriorística la acción contractual de las ESP como un función administrativa, apelando al criterio subjetivo de ver tal función en la acción de cualquier entidad estatal, asunto que, en el

estado actual de diversidad de formas y métodos de acción del Estado, no es preciso. Habrá de recordarse que la función administrativa en su noción más básica expresa la forma que asume el poder del Estado para el logro de los diversos cometidos estatales; de esta manera, si en la actividad contractual de las ESP no hay ejercicio de poder, sino realización de cometidos, estaremos frente a una función distinta. Con esto no quiero significar que no se apliquen postulados y criterios para el desarrollo de su trascendental actividad, pero sin duda, a los mismos no se llega por la vía del artículo 13 de la susodicha ley 1150 de 2007. Preciso entonces que las empresas de servicios públicos domiciliarios per se, no

ejercen funciones administrativas, y solo lo hacen cuando la Ley así lo ha dispuesto expresamente, de tal forma que sus actos y contratos, por regla general, se encuentran sometidos al régimen del derecho privado aun cuando se imponga en sus actuaciones propender y respetar los principios de la función pública en los asuntos que sean compatibles con dicho

régimen, lo cual no significa, bajo ningún criterio, que dicho régimen privado desaparezca o que se exprese como manifestación de poder público, que es carente -salvo excepciones- en las actuaciones de las ESP públicas cuando contratan.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00131-01\(42003\). A. V. consejero José Roberto Sáchica Méndez.](#)

Salvamento de voto de la consejera María Adriana Marín

ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL / ACTO PRECONTRACTUAL / ACEPTACIÓN DE LA OFERTA / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Tesis: “[C]onsidero que el primer aspecto que debió estudiar la Sala –y que no hizo– fue determinar si con la aceptación de la oferta –suscrita por la entidad demandada– se perfeccionó o no el contrato estatal y, por lo tanto, si la pretensión de nulidad absoluta del mismo estaba correctamente formulada. En mi criterio con dicho acto –sea administrativo o civil, para este efecto no importa la naturaleza– se perfeccionó el contrato estatal, regido primordialmente por el derecho privado, porque, como lo explica extensamente la providencia, esta actuación administrativa de la entidad demandada se regía por el derecho privado, de manera que en ese sistema jurídico –no así en la Ley 80 de 1993– la “oferta” del elegido y la “aceptación” de la entidad hicieron surgir, ipso iure, el contrato, el mismo día en el que se aceptó la oferta, porque ese día se unieron las voluntades, en un acto bilateral. Así, el medio de control empleado por el demandante fue el adecuado: controversias contractuales. Y si se observa la demanda, el demandante no ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho –aunque una de las pretensiones fue la nulidad del acto de aceptación de la oferta–, como puede observarse en el proceso. [...] [D]ado que en el presente caso efectivamente hubo una decisión que, en línea con lo señalado en

la sentencia de la cual me aparto, correspondió a un acto precontractual y, además fue demandado el contrato resultante de la adjudicación, considero que la acción procedente sí era la contractual ejercida por el demandante, y no la de reparación directa. [...] [D]ebo enfrentar toda la lógica del análisis que finalmente asumió la Sala, que se resume en considerar que la aceptación de una oferta no es un acto administrativo. En este sentido, independientemente del contenido de las decisiones tomadas por las entidades estatales -aparte, obviamente, de las legislativas y las jurisdiccionales-, considero que mientras las entidades públicas ejerzan la función administrativa éstas se pronuncian a través de actos administrativos, puesto que es la forma jurídicamente concebida para plasmar la voluntad de los órganos del Estado. [...] De acuerdo con lo anterior, algunas entidades descentralizadas, bien pueden llevar a cabo actividades industriales o comerciales y de gestión económica, pero ello no significa que no ejerzan también función administrativa. En este sentido, y dejando a salvo el argumento expresado en el primer numeral de esta escrito, la Sala se equivoca, profundamente, al indicar que, si una entidad pública se rige por el derecho privado, en alguna de sus actuaciones administrativas, entonces sus actos son privados –civiles o mercantiles.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00131-01\(42003\). S. V. consejera María Adriana Marín.](#)

Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE / ETAPA PRECONTRACTUAL / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Tesis: “En la sentencia se hace un esfuerzo por estudiar, con base en normas de derecho privado, requisitos que corresponden a un proceso de selección sometido a las normas del derecho público. En vez de referirse a la obligación de adjudicar o declarar desierta la licitación luego de abrirla y de tomar esta decisión conforme con el pliego y respetando el principio de selección objetiva, alude a la <<violación del deber de lealtad y de buena fe precontractual. Establecer un <<marco de referencia>> en esas condiciones, no me parece claro, ni seguro. Implica someter a las empresas y a quienes contratan con ellas a los lineamientos que vaya fijando la jurisprudencia para conjugar los principios de la función administrativa con las reglas del Código de Comercio. [...] El Tribunal Administrativo de Cundinamarca le dio aplicación a lo que consideró era la jurisprudencia vigente según la cual, aunque los actos y los contratos de estas empresas están sometidos al derecho privado en virtud de que, también por disposición de la ley, sus actuaciones están sometidas a lo dispuesto en los artículos 209 y 267 de la C.P., y su conocimiento fue adjudicado a esta jurisdicción, el acto de adjudicación de un contrato es un <<acto administrativo>> que debía ser juzgado conforme con las reglas previstas en el C.C.A., según las cuales era necesario demostrar la nulidad del <<acto de

adjudicación>> y demandar la nulidad del contrato, si para el momento de la demanda este ya había sido celebrado. La anterior orientación jurisprudencial, que fue la aplicada en la sentencia de primera instancia, transmitía varios mensajes: a.- A las ESP sometidas al juzgamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa les señalaba que (i) debían establecer (de modo general o particular) términos de referencia que garanticen la igualdad en el tratamiento de los proponentes y la selección objetiva del contratista; y (ii) debían adoptar de manera expresa y fundamentada la decisión de adjudicar el contrato sujetándose a las reglas establecidas con tal objeto. [...] b.- A los proponentes les indicaba que, toda vez que la jurisdicción competente para atender su reclamación por la adjudicación indebida del contrato era la jurisdicción contencioso-administrativa, y que lo que debía determinarse era la legalidad de una decisión, debían instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses contados desde la comunicación de la decisión de adjudicación, en la cual tenían la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto. Esa acción les permitía a los proponentes vencidos obtener a nulación de la y solicitar la reparación de los perjuicios (utilidades que aspiraban conseguir) [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 3 de septiembre de 2020, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00131-01\(42003\). S. V. consejero Martín Bermúdez Muñoz.](#)

3. Sección Cuarta unificó jurisprudencia sobre las pérdidas fiscales que son objeto de compensación en procesos de fusión por absorción.

Síntesis del caso: *Se unificó la jurisprudencia de la Sección en cuanto a la compensación de pérdidas fiscales en procesos de fusión por absorción, ante la existencia de pronunciamientos divergentes sobre el particular. En concreto, la Sala precisó la normativa aplicable a la compensación de pérdidas fiscales resultantes de los procesos de fusión de sociedades, para lo cual fijó el alcance interpretativo del artículo 147 del Estatuto Tributario y estableció, como regla jurisprudencial de unificación, aplicable a la compensación en comento, que “Para todos los efectos, dentro de los límites porcentuales y temporales establecidos por el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, se entenderá que las sociedades «fusionadas» a que alude la norma son aquellas que participan o intervienen en el proceso de fusión, y que incluyen a las sociedades absorbentes y a las absorbidas”. Además,*

señaló que la mencionada regla jurisprudencial rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial y que no se podrá aplicar a conflictos decididos con antelación.

COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES - Objeto. Alcance del inciso primero del artículo 147 del Estatuto Tributario / PRINCIPIOS DE NEUTRALIDAD FISCAL Y DE EQUIDAD Y JUSTICIA TRIBUTARIA EN COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES - Alcance / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES - Naturaleza jurídica y finalidad / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES EN PROCESOS DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN - Normativa aplicable. Se regulan por el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario y no por el inciso primero / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES EN PROCESOS DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN – Finalidad y reglas / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Concepto / ACUERDO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES - Formalización / PROCESO DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN - Alcance / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDAD ABSORBENTE EN PROCESO DE FUSIÓN - Normativa aplicable / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES EN PROCESOS DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN - Alcance de la expresión sociedades fusionadas del inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario. Regla de unificación jurisprudencial / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE LA SOCIEDAD ABSORBENTE EN PROCESOS DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN - Procedencia y límites / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN SOCIEDADES FUSIONADAS DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 147 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO - Aplicación. Rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No se aplica a conflictos ya decididos

Problemas Jurídicos: *¿Cuál es la normativa aplicable a la compensación de pérdidas resultantes de procesos de fusión? ¿En el caso, procedía la compensación de pérdidas fiscales efectuada por la sociedad absorbente en el proceso de fusión?*

Tesis: “Los incisos primero y segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, vigentes durante los hechos en discusión, establecen lo siguiente: (...) El inciso primero de la anterior disposición, establece el derecho que por regla general le asiste a las sociedades de compensar las pérdidas fiscales de ejercicios anteriores con las rentas líquidas ordinarias que obtengan en periodos posteriores, sin limitación -aunque con la prohibición de trasladarlas a los socios-, pues la misma estructura societaria es quien genera las pérdidas y la renta líquida que sirve para compensarlas, lo que garantiza la neutralidad fiscal y los principios de equidad y justicia tributaria (...) Por su parte, el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, introducido por el artículo 24 de la Ley 788 de 2002, regula de forma especial la compensación de pérdidas fiscales asociadas a procesos de fusión, con el fin de que «los mismos sean neutrales con los procesos de reorganización empresarial, de modo que se evite su utilización para la obtención de beneficios tributarios ajenos a la realidad económica», o a fines estrictamente comerciales o de negocios. En ese sentido, la Sección Cuarta señaló que el artículo 24 de la Ley 788 de 2002, estableció las siguientes reglas aplicables a la compensación de pérdidas en procesos de fusión: «1.- Que las pérdidas fiscales

sean de la sociedad absorbida. 2.- Que la compensación de esas pérdidas fiscales se haga con las rentas líquidas ordinarias que obtuviere la sociedad absorbente o resultante del proceso de fusión. 3.- Que la compensación no exceda el equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante. 4.- Que el plazo para compensar las pérdidas fiscales que sufrieron las sociedades fusionadas se debe contar a partir de los períodos gravables en que registraron las pérdidas y hasta el plazo previsto en la ley que estuviera vigente en el período en que tales sociedades fusionadas generaron y declararon la pérdida fiscal. 5.- Que se pruebe que la actividad económica de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión era la misma antes de la respectiva fusión». Si bien en esa oportunidad se indicó que las pérdidas que se compensan corresponden a la sociedad absorbida, se precisa que, en aplicación de los principios de justicia, equidad y neutralidad tributaria, no se puede desconocer el derecho que le asiste a las sociedades absorbentes de compensar sus propias pérdidas. En principio, se advierte que las sociedades absorbentes no pueden compensar sus pérdidas fiscales de ejercicios anteriores en los términos del inciso primero del artículo 147 del Estatuto Tributario, por los efectos jurídicos que la fusión genera en su estructura societaria, entre los que se encuentra un incremento patrimonial que afecta la neutralidad entre pérdidas y rentas líquidas. El artículo 172 del Código de Comercio señala que

«Habrà fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva», y que «La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión», circunstancia que, conforme con los artículos 29 y 178 y 29 *lb.*, ocurre con la formalización del acuerdo de fusión. Se observa que la fusión por absorción implica un proceso de integración patrimonial por la transferencia a título universal de bienes y obligaciones de las sociedades absorbidas -que se disuelven sin liquidarse-, en favor de la absorbente, que incide en su estructura societaria y en las rentas líquidas que obtiene, lo cual genera desequilibrio frente a las pérdidas de ejercicios anteriores, que materialmente fueron sufridas por una estructura societaria y patrimonial diferente. Por ello, como la renta líquida de la sociedad absorbente no corresponde a la misma estructura societaria que generó las pérdidas, en virtud del principio de neutralidad tributaria resulta inaplicable el inciso primero del artículo 147 del Estatuto Tributario, teniendo en cuenta que la compensación no solo depende de la existencia de pérdidas fiscales, sino de rentas líquidas, para el caso, obtenidas con posterioridad a la fusión. Sin embargo, lo anterior no impide que las absorbentes compensen sus propias pérdidas en los términos del inciso segundo del artículo 147 *lb.*, que las limita a su porcentaje de participación en el patrimonio de la compañía resultante de la fusión, o que equilibra la neutralidad entre pérdidas y rentas líquidas, atiende la capacidad de pago y evita la obtención de beneficios fiscales ajenos a su realidad económica. En ese sentido, el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario permite que la sociedad absorbente compense «las pérdidas fiscales sufridas por las sociedades fusionadas, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante». Por lo anterior, la Sala considera que para hacer efectivos los principios de justicia, equidad y neutralidad tributaria, se debe interpretar que las sociedades «fusionadas» a que alude el inciso

segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario son aquellas que participan o intervienen en el proceso de fusión, y que incluyen a las sociedades absorbentes y a las absorbidas, quienes pueden compensar sus propias pérdidas «hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante» (...) [S]e advierte que ante la existencia de pronunciamientos divergentes sobre las pérdidas fiscales que son objeto de compensación en procesos de fusión por absorción, es necesario unificar la jurisprudencia sobre dicho aspecto. Por las anteriores razones, la Sala establece la siguiente regla de unificación aplicable a la compensación de pérdidas fiscales en procesos de fusión por absorción: 1.- Para todos los efectos, dentro de los límites porcentuales y temporales establecidos por el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, se entenderá que las sociedades «fusionadas» a que alude la norma son aquellas que participan o intervienen en el proceso de fusión, y que incluyen a las sociedades absorbentes y a las absorbidas (...) La Sala considera que la actora no podía aplicar el inciso primero del artículo 147 del Estatuto Tributario para compensar pérdidas superiores al porcentaje con que participó en el patrimonio de la sociedad que resultó del proceso de fusión, pues con ello desconoce los efectos patrimoniales que la fusión surtió en su patrimonio y en su estructura societaria, lo que afecta la neutralidad entre pérdidas y rentas líquidas. Por tal motivo, la demandante debió aplicar el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, y limitar la compensación de sus pérdidas al porcentaje de participación patrimonial que tuvo en el patrimonio de la sociedad que resultó de la fusión (4.39%), lo cual consulta los principios de justicia, equidad y neutralidad tributaria así como su realidad económica, al reconocer que la estructura societaria que generó las pérdidas fiscales es diferente de la que resultó con la formalización del acuerdo de fusión y que obtuvo las rentas necesarias para la compensación.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de octubre de 2020, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Sentencia de Unificación 2020-CE-SUJ-4-003, radicación: 25000-23-37-000-2015-00500-01\(23419\).](#)

4. Sección Cuarta unificó jurisprudencia en relación con la deducibilidad de la diferencia que surge en la negociación de títulos de devolución de impuestos —TIDIS— y rectificó su posición en cuanto a la naturaleza jurídica de dicha diferencia.

Síntesis del caso: *Dada la existencia de pronunciamientos divergentes frente a la deducibilidad de la diferencia generada en la negociación de TIDIS, se unificó la jurisprudencia de la Sección en el sentido de fijar como regla jurisprudencial de unificación que “El menor valor que resulta de la negociación de títulos de devolución de impuestos - TIDIS es deducible, siempre que se acrediten los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario”, regla aplicable para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial y no a conflictos decididos con antelación. Además, la Sala rectificó la jurisprudencia de la Sección en cuanto a la naturaleza jurídica de dicha diferencia, para señalar que constituye un gasto financiero a título de descuento derivado de la dinámica fiscal de los contribuyentes, quienes, por ministerio de la ley, pueden negociar los TIDIS.*

MECANISMOS PARA EFECTUAR LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR - Títulos de devolución de impuestos TIDIS / TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Naturaleza jurídica y objeto / NEGOCIACIÓN, ENAJENACIÓN O VENTA DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Procedencia y justificación / DIFERENCIA O MENOR VALOR ENTRE EL VALOR NOMINAL Y EL PRECIO DE VENTA O ENAJENACIÓN DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Naturaleza jurídica. Rectificación jurisprudencial / DIFERENCIA O MENOR VALOR EN NEGOCIACIÓN DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Deducibilidad / DEDUCIBILIDAD DE LA DIFERENCIA O MENOR VALOR EN NEGOCIACIÓN DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Procedencia. Regla de unificación jurisprudencial / PROCEDENCIA DE LA DEDUCIBILIDAD DE LA DIFERENCIA O MENOR VALOR EN NEGOCIACIÓN DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Requisitos / DEDUCCIONES - Requisitos. Reiteración de jurisprudencia / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA DEDUCIBILIDAD DE LA DIFERENCIA O MENOR VALOR EN NEGOCIACIÓN DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Aplicación. Rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No se aplica a conflictos ya decididos

Problema Jurídico: *¿Es deducible la diferencia en venta de TIDIS?*

Tesis: “[E]ntre los mecanismos de devolución de saldos a favor se encuentran los títulos de devolución de impuestos - TIDIS, que conforme al artículo 806 del Estatuto Tributario «solo servirán para cancelar impuestos o derechos administrados por las Direcciones de Impuestos o de Aduanas, dentro del año calendario siguiente a la fecha de su expedición». Por su parte, el artículo 862 ib., vigente para el periodo en discusión, reiteró que los TIDIS -que son activos y contablemente se registran como tales-, solo sirven para el pago de impuestos o derechos administrados por las direcciones de impuestos dentro del año calendario siguiente a su expedición, y precisó que en el plazo indicado subbeneficiario también puede negociar los

en el mercado secundario mediante comisionista de bolsa. Así, aunque el fin de los títulos de devolución de impuestos se concreta en el pago de obligaciones fiscales, el legislador previó la posibilidad de negociarlos dentro de la dinámica fiscal del beneficiario de la devolución en el mercado secundario de valores bajo las reglas de la oferta y la demanda, frente a situaciones que inhiban la destinación señalada, como ocurre, entre otros, por la inexistencia de impuestos por pagar. No obstante, por sus condiciones particulares y ante la existencia de diferentes medios de pago de las obligaciones tributarias, es improbable que los TIDIS se enajenen a un valor superior al nominal, o incluso a uno similar, lo cual implica que la venta se realice a un precio inferior del que incorporan. En este caso, la diferencia entre el valor nominal y el precio de venta del título constituye un gasto

financiero constituido por el menor valor que resulta de la negociación, a título de descuento, y que es necesario dentro de la dinámica fiscal prevista por el legislador para recuperar la liquidez del saldo a favor, lo cual repercute en la financiación y preservación del aparato productivo de los contribuyentes y está asociado al giro de los negocios, teniendo en cuenta el origen de dicho saldo. Por lo anterior, la Sala considera que el menor valor a título de descuento en la negociación de TIDIS es un gasto deducible, en tanto se acrediten los requisitos de las deducciones y los presupuestos de necesidad, que deberá examinarse «con criterio comercial», esto es, verificando «si la expensa resultaba requerida o provechosa para desarrollar la actividad empresarial», relación causal y proporcionalidad, establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario. En las condiciones señaladas, si bien se consideró que la diferencia en la venta de TIDIS no es una expensa necesaria que tenga relación de causalidad con la actividad generadora de renta, pues no tiene el «objetivo de poner los bienes o los servicios en condiciones de utilización o prestación», y se trata de «un ingreso en menor cuantía al valor del título enajenado», se rectifica la anterior posición pues, por ministerio de la ley, la negociación de títulos de devolución de impuestos forma parte de la dinámica fiscal de los contribuyentes, y el menor valor que resulta de su enajenación es un gasto financiero deducible a título de descuento, siempre que se acrediten los requisitos de las deducciones (...) [S]e advierte que ante la existencia de pronunciamientos divergentes sobre la deducibilidad de la diferencia generada por la venta de TIDIS, es necesario unificar la

jurisprudencia sobre dicho aspecto. Por las anteriores razones, la Sala establece la siguiente regla de unificación aplicable a la deducibilidad de la diferencia que surge en la negociación de títulos de devolución de impuestos - TIDIS: 1.- *El menor valor que resulta de la negociación de títulos de devolución de impuestos - TIDIS es deducible, siempre que se acrediten los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario. (...) En el año gravable 2010, como devolución del saldo a favor del periodo anterior por la suma de \$11.234.241.000 originado por exceso de retenciones, la actora recibió TIDIS con ese mismo valor nominal, los cuales fueron negociados en el mercado secundario por \$11.209.525.670, lo que generó una diferencia de \$24.715.330, que fue rechazada por la Administración. La Sala considera que la diferencia por la negociación de TIDIS constituye un gasto financiero deducible a título de descuento, que cumple los requisitos de necesidad -vista con criterio comercial-, relación causal y proporcionalidad establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, pues surgió de la dinámica fiscal de la contribuyente ante la imposibilidad de cumplir la destinación de los títulos -pago de obligaciones tributarias- por inexistencia de impuestos por pagar, para hacer líquido el saldo a favor objeto de la devolución y coadyuvar con la infraestructura productiva de la sociedad, teniendo en cuenta que el saldo aludido resultó de un exceso de retenciones, concepto, a su vez, asociado a actividades gravadas, circunstancia no controvertida por la DIAN.»*

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de octubre de 2020, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Sentencia de Unificación 2020-CE-SUJ-4-004, radicación: 76001-23-33-000-2016-00539-01\(24266\).](#)

ASUNTOS CONSTITUCIONALES



ACCIONES DE TUTELA

1. Se vulneran los derechos fundamentales a la vida y la salud de las personas privadas de la libertad, cuando no se presta, en debida forma, el servicio de salud en los centros carcelarios, para mitigar el contagio por COVID 19.

Síntesis del caso: *Una persona privada de la libertad formuló acción de tutela contra el INPEC y otras entidades, con el fin de que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la vida y la salud, en razón a que no cuenta con los medicamentos suficientes y el acompañamiento médico para afrontar los padecimientos crónicos que tiene, lo que podría ocasionarle un mayor riesgo de contagio de la COVID 19. Luego de revisar la situación de hacinamiento carcelario y las obligaciones que tienen las entidades demandadas para garantizar los servicios de salud a las personas reclusas en los centros carcelarios, se logró establecer que los derechos fundamentales invocados por el demandante fueron vulnerados por la USPEC y el Fondo de Atención en Salud PPL, al no garantizarle una adecuada prestación del servicio de salud al interior de su sitio de reclusión.*

ACCIÓN DE TUTELA - Ampara / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD / PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DE LAS PERSONAS RECLUIDAS EN CENTROS CARCELARIOS / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LA SOLICITUD DE SUSTITUCIÓN DE LA MEDIDA DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD POR PRISIÓN DOMICILIARIA - El actor cuenta con los mecanismos judiciales idóneos al interior del proceso ordinario

Problema Jurídico: *[¿Existe vulneración de los derechos fundamentales a la vida y la salud de las personas privadas de la libertad, cuando no se proporciona adecuadamente el servicio de salud en los centros carcelarios, por parte de la USPEC y el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL?]*

Tesis: “La Sala, concretándose en los motivos de inconformidad de los impugnantes y advirtiendo que ninguno de los recurrentes controvierte o desvirtúa la vulneración del derecho fundamental a la salud del accionante, confirmará el fallo de primera instancia por las razones que pasan a exponerse: (...) En el contexto de la población privada de la libertad, la Ley 1709 del 20 de enero de 2014 modificó algunas disposiciones del Código Penitenciario y Carcelario relativas a la prestación de los servicios de salud de las personas reclusas en los centros carcelarios.(...) A su turno, el Decreto 2245 del 24 de noviembre de 2015 reglamentó la prestación de los servicios de salud para las personas privadas de la libertad en los

términos de la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014 y en el marco de las competencias asignadas al INPEC, USPEC, al Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad y las demás entidades involucradas en garantizar los servicios de salud. En este punto, cabe señalar que, mediante el Decreto 4150 del 3 de noviembre de 2011, se creó la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC con el fin de que apoye el cumplimiento de los objetivos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC. (...) De la [normativa] señalada es posible colegir que, si bien es cierto que la USPEC y el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL no prestan directamente el servicio de salud, también lo es que dentro de sus funciones y obligaciones están llamados a garantizar el derecho fundamental a la salud de las personas privadas de la libertad a través de un modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 13 de agosto de 2020, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 54001-23-33-000-2020-00409-01\(AC\).](#)

2. Se reitera la posición jurisprudencial sobre la procedencia de la acción de grupo para solicitar la devolución de tributos indebidamente pagados y la acreditación del daño antijurídico cuando se reclaman los perjuicios causados por el acto administrativo general declarado nulo.

Síntesis del caso: Debido a la declaratoria de nulidad de los Acuerdos 55 de 21 de agosto de 2001, modificado por los acuerdos 31 de 23 de agosto de 2004 y 74 de 20 de agosto de 2006, por los cuales el Concejo Municipal de Pereira creó la “sobretasa para el deporte y la recreación”, se presentó demanda en ejercicio de la acción de grupo con el fin de reclamar el daño antijurídico producido al cobrar la referida sobretasa. El Tribunal Administrativo de Risaralda, a través de la sentencia de segunda instancia, accedió a las pretensiones formuladas. El Consejo de Estado, al revisar la anterior providencia, decidió revocarla. Los accionantes ejercieron la acción de tutela contra el Consejo de Estado, aduciendo que se desconoció el criterio de la Corporación, según el cual, en criterio de los actores, la declaratoria de ilegalidad del acto general que crea el tributo es suficiente para declarar la responsabilidad estatal.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / REVISIÓN EVENTUAL EN ACCIÓN DE GRUPO / AUSENCIA DE DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE – Se aplicó la posición jurisprudencial sobre la materia / SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL – Efectos / NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL – No afecta acto de contenido particular / RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA – Obligatoriedad / DAÑO ANTIJURÍDICO – Se debe acreditar

Problema Jurídico: ¿La autoridad judicial accionada desconoció el precedente del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en el que se ha indicado que la acción de grupo es un mecanismo idóneo para solicitar la reparación de perjuicios por parte del Estado, cuando la fuente del daño es un acto administrativo de carácter general declarado nulo?

Tesis: “[L]a[E]s preciso colegir que la Sala Especial de Decisión núm. 2 consideró que resultaba procedente la revisión eventual de la sentencia de 22 de noviembre de 2017 proferida por el Tribunal, ante la divergencia con la jurisprudencia de esta Corporación, debido a que en la mencionada sentencia se omitió el estudio de dos aspectos relevantes para el caso, como lo son, la necesidad de que los demandantes hubieran reclamado previamente a la administración tributaria la devolución de lo pagado indebidamente y la prueba del daño antijurídico, omisión esta que iba en contravía de la jurisprudencia de la Sección Tercera, que la providencia objeto de tutela consolidó, entre otras, la sentencia de 10 de mayo de 2017, en la que se sostuvo que “en lo atinente a la demostración del primer elemento de la responsabilidad, esto es, la ocurrencia de un daño antijurídico, la Sala estima que no se encuentra acreditado en el proceso,

toda vez que dicho carácter no depende per se del pago realizado por la entidad demandante y la declaración de inexecutable”. Asimismo, precisó que dicha postura fue ratificada en la sentencia de 4 de diciembre de 2018, proferida por la Sala Cuarta Especial de Decisión, por lo que se echaba de menos el análisis probatorio que debió realizar el Tribunal para determinar si los accionantes habían acreditado el sufrimiento de un quebranto patrimonial que no tenían la obligación de soportar, habida cuenta que, contrario a lo afirmado por los tutelantes, el daño antijurídico debe probarse y no surge automáticamente de la declaratoria de ilegalidad de un tributo. Sostuvo que el Tribunal también debió advertir que la acción de grupo no era la vía procedente para obtener el reintegro de las sumas pagadas por los miembros del grupo, toda vez que le correspondía a cada contribuyente adelantar el trámite administrativo para reclamar la devolución de lo pagado y obtener un pronunciamiento de la administración que, en caso de ser adverso a sus pretensiones, era susceptible del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Conforme con lo expuesto en precedencia, para la Sala, la autoridad judicial accionada no incurrió en el desconocimiento del precedente alegado y, por el

contrario, al advertir que la sentencia objeto de revisión no se ajustaba a los criterios que se han ratificado como jurisprudencia aplicable, consolidó la posición jurisprudencial. (...) De acuerdo con lo expuesto, la Sala no comparte las inconformidades planteadas por los actores en el escrito de tutela, en razón a que la autoridad judicial accionada no incurrió en el desconocimiento del precedente judicial alegado, pues conforme se expuso en líneas anteriores, la Sala Especial

de Decisión núm. 2 lo que hizo, precisamente, fue reiterar una postura y consolidar la posición jurisprudencial de la Corporación frente a la procedencia de la acción de grupo para solicitar la devolución de tributos indebidamente pagados y la necesaria acreditación del daño antijurídico cuando se trata de deprecar los perjuicios causados por un acto administrativo declarado nulo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 2 de octubre de 2020, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación 11001-03-15-000-2020-03424-00 \(AC\).](#)

3. Se incurren en los defectos sustantivo y fáctico cuando se omite verificar la correcta notificación del acta del Tribunal Médico Laboral, para efectos de contabilizar el término de caducidad de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Síntesis del caso: *Se formuló acción de tutela contra una providencia judicial que rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se tomó como fecha de caducidad la notificación por edicto del acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar, sin que previamente se haya agotado la notificación de manera personal, tal como lo establece el artículo 30 del Decreto 94 de 1989. El juez de tutela accedió al amparo de los derechos fundamentales invocados, al determinar que, si bien se logró la notificación por edicto del acta de la Junta Médico Laboral, no se intentó en primer lugar hacer la notificación personal del acta a la parte actora. Dicha circunstancia le impedía al juez ordinario contabilizar el término de caducidad desde la notificación por edicto, al no haberse agotado, en su totalidad, el trámite legalmente previsto.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / OMISIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL DE VERIFICAR LA CORRECTA NOTIFICACIÓN DEL ACTA DEL TRIBUNAL MÉDICO LABORAL / PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACIÓN POR EDICTO DEL ACTA EMITIDA POR EL TRIBUNAL MÉDICO LABORAL - En los casos en que no se logra realizar de manera personal / DEFECTO SUSTANTIVO - Inadecuada interpretación normativa / INDEBIDA CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA DEMANDA - Al hacerse desde la notificación por edicto / DEFECTO FÁCTICO

Problema Jurídico: *[La Sala deberá] determinar si: ¿El Tribunal Administrativo de Arauca vulneró derechos fundamentales del [actor] de acceso a la administración de justicia y debido proceso al proferir la sentencia del 28 de febrero de 2020, incurriendo, presuntamente, en defecto fáctico y sustantivo, por desconocimiento de las disposiciones del artículo 30 del Decreto 94 de 1989?*

Tesis: “Al respecto, aclara la Sala que si bien es cierto la parte actora invoca tres defectos diferentes, todos se encaminan a solucionar la misma inconformidad, esto es, si está acreditado en el expediente

la notificación del Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 3817-4388 (06) del 24 de septiembre de 2010, en los términos del artículo 30 del Decreto 94 de 1989; por ello, se realizará un solo análisis al respecto. Dicho esto, se recuerda que el artículo 30 del Decreto 94 de 1989 (...) establece cinco formas de notificar la respectiva acta: 1) de manera personal al interesado dentro de los quince días de su expedición o, 2) mediante el envío de la misma a través del comando de la unidad o repartición a la cual pertenezca; de no ser posible lo anterior, 3) se procederá a la notificación por edicto en un lugar público de la entidad de sanidad

correspondiente por 30 días. Y, en casos especiales dada la condición de salud mental del interesado, 4) podrá notificarse a través de un familiar del interesado o, 5) a falta de este, se le nombrará [un] curador. Valga advertir, que la notificación por edicto es procedente solo de no ser posible la personal, es decir, debió intentarse está obteniendo un resultado fallido. Descendiendo al caso concreto, el Tribunal Administrativo Arauca encontró acreditado la notificación por edicto del Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 3817-4388 (06) del 24 de septiembre de 2010, [notificada por edicto, lo] (...) que en principio resulta válido, siempre y cuando la notificación personal del [actor] no hubiere sido posible tal como lo señala la pluricitada norma; sin embargo, al respecto el Tribunal accionado no hizo manifestación alguna, en aras de verificar que en el asunto bajo estudio sí procedía dicha

forma de notificación. Es decir, se determinó que el punto de partida para contabilizar la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto a la pretensión de ilegalidad de las actas médicas acusadas, era la notificación por edicto debidamente acreditada al expediente; pero sin desvirtuar que, previo a ello, se hubiere agotado la notificación personal de la respectiva acta médica y que la misma hubiere resultado fallida. (...) [Lo dicho,] conlleva a la Sala a considerar que la sentencia del 28 de febrero de 2020, preferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, se encuentra incurra en defecto sustantivo por aplicación parcial del artículo 30 del Decreto 094 de 1989; lo cual conllevó a no se estudiara dicha circunstancia de cara al material probatorio obrante en el expediente, lo cual traduce en un defecto fáctico.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 16 de septiembre de 2020, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 11001-03-15-000-2020-00931-01\(AC\).](#)

4. La acción de tutela no puede sustituir los trámites administrativos para acceder a los programas creados para la asistencia humanitaria, en el marco del estado de emergencia económica y social por la COVID 19.

Síntesis del caso: *Se formuló acción de tutela contra la Presidencia de la República y la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., con el fin de que los accionantes fueran incluidos en los programas creados para la asistencia humanitaria en el marco de la emergencia ecológica, económica y social derivada de la pandemia de la COVID 19. Del análisis efectuado a la situación fáctica y a la crisis generada por la pandemia de la COVID 19, se determinó que no era procedente ordenarle, por vía de tutela, a las autoridades demandadas la inclusión de los demandantes en los programas de asistencia humanitaria, en tanto que dicho mecanismo constitucional no puede sustituir los trámites administrativos previstos por el Estado para acceder a esos beneficios económicos.*

ACCIÓN DE TUTELA - Niega / ATENCIÓN A LOS HOGARES EN SITUACIÓN DE POBREZA Y VULNERABILIDAD EN EL MARCO DEL ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA Y SOCIAL POR EL COVID – 19 / OMISIÓN DE LOS ACCIONANTES PARA ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE LOS GRUPOS FAMILIARES POTENCIALMENTE BENEFICIARIOS DE LOS PROGRAMAS CREADOS PARA LA ASISTENCIA PÚBLICA SOCIAL / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema Jurídico: *[¿Están las autoridades gubernamentales en la obligación de suministrar en forma efectiva e inmediata un ingreso mínimo o una renta mensual sin condicionamiento alguno, a los hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad en el marco del Estado de Emergencia Económica y Social por el COVID – 19, vital?]*

Tesis: “El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, denegó el amparo

en primera instancia, por cuanto, según explicó, con el escrito tutelar no se aportó prueba alguna en la que se pueda advertir una acción u omisión de las entidades accionadas que hubieren vulnerado los derechos cuya protección se reclama, pues las personas que requieran la ayuda solicitada deben previamente cumplir los criterios de potenciales beneficiarios y estar inscritos en los diferentes programas, toda vez que cada uno de los canales (transferencia monetaria, subsidio en especie y bono canjeable)

cuenta con su respectiva focalización. Por las anteriores razones, el ingreso a dicho sistema, sin la verificación de los criterios mencionados, no puede obtenerse por medio de la acción de tutela, pues ello atentaría contra el derecho a la igualdad y al debido proceso administrativo. Frente a este estado de cosas, la Sala considera conveniente precisar dentro del marco del Estado de Emergencia Económica y Social por el COVID – 19, que si los accionantes que aspiran a obtener los auxilios y ayudas que impetran deben, de manera necesaria, agotar los procedimientos reglamentarios ya reseñados -aplicables a una amplia franja de población que se encuentra dentro de su marco regulatorio-, previa comprobación de los requisitos establecidos por las diversas entidades encargadas del manejo de los beneficios, los cuales han sido previstos en consideración a las

especiales condiciones de las familias que se encuentran en la informalidad y en situación de vulnerabilidad, en medio de la emergencia declarada por la pandemia que azota al país. Además, no puede otorgarse por este mecanismo excepcional más ayudas de las que ya han recibido los accionantes que han tenido la posibilidad de percibir las, pues si esto fuera así, se tornaría en un quebrantamiento de la equidad en la distribución de las diferentes ayudas previstas para mitigar las condiciones sanitarias adversas. Así las cosas, los requisitos exigidos no obedecen a un comportamiento caprichoso o arbitrario de las entidades accionadas, pues ellos encuentran sustento en medidas regladas, destinadas a mitigar la crisis social y económica ocasionada por la pandemia, las que, en todos los casos, resultan justificadas e indispensables.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 17 de septiembre de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 25000-23-15-000-2020-02451-01\(AC\).](#)

5. La falta de igualdad en el acceso a la tecnología y a los materiales necesarios para seguir estudiando, en el contexto de la pandemia por COVID-19, vulnera el derecho a la educación de los niños.

Síntesis del caso: *Con motivo de la declaración del estado de emergencia social, económica y ambiental a causa de la pandemia por COVID-19, el Ministerio de Educación suspendió las clases en el territorio nacional y resolvió implementar la virtualidad para continuar los programas académicos. Los hijos de los accionantes, quienes viven en las veredas del municipio de Acevedo (Huila), no han podido estudiar, pues no tienen acceso al servicio de internet ni de TDT – a través del cual se transmiten programas educativos-, además, no pueden acceder a las guías establecidas por los docentes, ya que la fotocopiadora más cercana se encuentra a dos horas de camino y no tienen la capacidad económica de asumir los costos del transporte. El Consejo de Estado, en sede de tutela, exhortó al Ministerio de las TIC que adelante el proceso de contratación estatal y materialice el proyecto para llevar el servicio de internet. Por otro lado, ordenó al municipio de Acevedo y al departamento del Huila que, en coordinación con el Ministerio de Educación, suministren a los estudiantes los textos académicos necesarios.*

ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS / DECLARATORIA DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA - Pandemia por Coronavirus COVID-19 / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN / ACCESO A LA EDUCACIÓN EN CONDICIONES DE IGUALDAD / ACCESO AL USO DE NUEVAS TECNOLOGÍAS / ENTREGA DE GUÍAS Y TEXTOS ACADÉMICOS PARA CONTINUAR CON EL PROCESO ACADÉMICO

Problema Jurídico: *¿Las entidades accionadas vulneraron el derecho a la educación de los accionantes por la falta de acceso a la tecnología y a los materiales necesarios para seguir estudiando?*

Tesis: “[E]l Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, declaró «la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020». (...) El presidente de la república, por medio del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, declaró el «Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional. (...) Seguidamente, profirió el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 «Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas (...). De acuerdo con lo anterior, las clases presenciales fueron suspendidas como una medida de prevención a la propagación de la pandemia con el propósito de proteger la vida y salud de los docentes, estudiantes y la ciudadanía en general, en consecuencia, se implementaron estrategias de aprendizaje, como el uso de tecnologías, que permitieran la continuidad del proceso educativo desde casa lo cual requiere, irrecusablemente, que los interesados tengan acceso a internet. (...) Lo expuesto quiere decir que, (i) en el contexto de la pandemia ocasionada por el COVID-19 el acceso a internet es necesario para que se continúe el proceso educativo puesto que las clases presenciales se suspendieron y (ii) que aun por fuera del estado de emergencia, el acceso a internet es un instrumento que asegura el goce efectivo del derecho a la educación

especialmente para las personas que se encuentran en zonas apartadas como las zonas de residencia de los accionantes como fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia precitada . (...) [E]l a quo consideró que el derecho a la educación (...) no se vulneró (...), sin embargo, esta Sala tiene una posición diferente, puesto que el hecho de abrir una licitación pública, cuyo proyecto se presagia culmine hasta el mes de julio de 2022, significa que los accionantes se encuentran privados de acceso a internet hasta esa fecha, más de dos años desde esta decisión y por consiguiente de su derecho a la educación en el marco de la suspensión de las clases presenciales. (...) [E]l secretario de gobierno, desarrollo social y talento humano del municipio de Acevedo (...), expresó que la falta de conectividad de las veredas del municipio de Acevedo no ha sido impedimento para que los estudiantes atiendan sus clases porque los docentes y directivos docentes han entregado y recogido el material educativo a que hubiere lugar. Sobre el particular, la Sala de Decisión advierte que no existe prueba alguna en el proceso sobre la entrega de este material en los hogares de los accionantes, como una constancia de recibido suscrita por ellos, solo se aportaron certificaciones de los directores de varias instituciones educativas del municipio de Acevedo donde expresan que así sucedió lo cual no es suficiente para llegar a la certeza que sí se cumplió con esta obligación, más aun cuando se reiteró en el recurso de impugnación que no había acceso al material académico desde sus residencias sino que debían movilizarse dos horas para llegar a la inspección más cercana sin que contar con los recursos económicos para hacerlo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 8 de octubre de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 41001-23-33-000-2020-00614-01 \(AC\).](#)

6. El término de caducidad de la facultad sancionadora de la administración en el Código Contencioso Administrativo es de tres años contados desde la interposición de la queja y hasta la expedición del acto principal.

Síntesis del caso: *El 08 de septiembre de 2011, una ciudadana presentó ante la Secretaría Distrital de Hábitat de Bogotá una queja en contra de una constructora, por las deficiencias presentadas en su apartamento. La Secretaría abrió investigación administrativa a la constructora y por medio de la Resolución No. 2630 del 16 de diciembre de 2013, impuso sanción pecuniaria y ordenó la corrección de las fallas encontradas. Contra la sanción impuesta, la constructora interpuso recursos de reposición y apelación, que fueron resueltos por medio de las Resoluciones Nos. 821 del 04 de agosto de 2014 y 168 del 26 de febrero de 2015, respectivamente, en las que se confirmó la sanción. La constructora formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho*

en contra de la Secretaría Distrital de Hábitat de Bogotá, para acusar las resoluciones antes mencionadas. Entre las razones de la demanda, se indicó que conforme al artículo 38 del C.C.A. la administración contaba con tres años para ejercer la facultad sancionatoria a partir de la presentación de la queja, de manera que al 25 de marzo de 2015 cuando quedó en firme la sanción, había operado la caducidad de la potestad sancionatoria. En primera instancia se negaron las pretensiones, al precisarse que de acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009, los tres años con los que cuenta la administración para sancionar deben contabilizarse hasta el momento en que se expide y notifica el acto administrativo principal, independientemente de la resolución de la vía gubernativa. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la sentencia y declaró la nulidad de las Resoluciones con sustento en que la potestad sancionatoria había caducado.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL / CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN – No comprende la vía gubernativa por corresponder a otra etapa / VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema Jurídico 1: *¿Establecer si la providencia acusada en sede de tutela incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente vertical, al no tener presente para resolver el caso la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 29 de septiembre de 2009, sobre el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración?*

Tesis 1: “Esta Sala de Subsección encuentra que, en el presente caso, conforme lo había advertido el fallador de primera instancia, la autoridad judicial accionada incurrió en el defecto sustantivo por desconocimiento del precedente vertical, pues, como se expuso en el capítulo anterior, desde la expedición de la sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009 se fijó una única regla de interpretación del término de caducidad de la facultad sancionatoria de

la administración, en donde la vía gubernativa no se tiene en cuenta para ello, por corresponder a otra etapa. Y, si bien esa sentencia se refirió a un asunto disciplinario, ese criterio se ha extendido a los asuntos relacionados con la potestad sancionatoria del Estado en el C.C.A. (...) [C]ontrario a lo afirmado por el tribunal accionado, sí existe una postura consolidada sobre la regla de interpretación de la caducidad del artículo 38 del C.C.A., frente a la cual, además, se ha construido un precedente amplio y consolidado, primordialmente, en la Sección Primera de esta Colegiatura. Por tanto, es evidente que se trata de una tesis jurisprudencial que se debe aplicar de la misma manera a los asuntos relacionados con la potestad sancionatoria del Estado.”

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL – Configuración / DESCONOCIMIENTO DE LA RATIO DECIDENDI DE SENTENCIA DE REVISIÓN DE TUTELA – Con identidad fáctica y jurídica / VULNERACIÓN DE DERECHO A LA IGUALDAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema Jurídico 2: *¿La providencia acusada desconoció el precedente constitucional al inobservar, en la resolución del caso, la ratio decidendi presente en una sentencia de revisión de fallo de tutela que trató un asunto idéntico en cuanto al objeto y la causa?*

Tesis 2: “Esta causal se erige de manera autónoma para aludir a aquella insalvable omisión de los jueces al inobservar el precedente fijado por la Corte Constitucional tanto en control abstracto como en control concreto de constitucionalidad. Sin embargo, el sentido, alcance y fundamento de obligatoriedad de sus pronunciamientos varía según se trate de fallos de constitucionalidad o de revisión de tutelas. No obstante, ambos tienen en común que se deben acatar

(i) para garantizar el carácter normativo de la Constitución como *norma normarum*, en tanto la Corte Constitucional es el intérprete autorizado de la Carta, y (ii) para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad. (...) [E]s de señalar que el tribunal, en la decisión enjuiciada, no hizo referencia alguna a la sentencia T-211 de 2018 de la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, aun cuando era de su total conocimiento. En efecto, en esa providencia se revisó una acción de tutela con identidad fáctica y jurídica al sub judice, (...) promovida igualmente por la Secretaría Distrital de Hábitat de Bogotá en contra de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que hubo un desconocimiento del precedente del Consejo de Estado frente a la caducidad de la facultad sancionatoria. En

esa oportunidad, la Corte Constitucional hizo una revisión del desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas prevista en el artículo 38 del C.C.A., y sostuvo que para el momento en el que se profirió la decisión acusada esa postura había sido reiterada pacíficamente por más de 7 años. (...) Insiste la Sala en que si bien se censura el desconocimiento de un fallo dictado por el Tribunal Constitucional, en ejercicio del control concreto, la observancia de su *ratio decidendi* se hacía obligatoria para el accionado, a efectos de res-

guardar los principios de igualdad y de confianza legítima y, para este caso, se constituía en un antecedente obligatorio, pues la Corte había definido específicamente el alcance del derecho fundamental al debido proceso de la Secretaría Distrital de Hábitat de Bogotá, relacionado, en particular, con su facultad sancionatoria y con el hecho de que esta caducaba solo sí, luego de transcurridos 3 años, contados a partir de la interposición de la queja, no hubiese dictado la sanción respectiva, en concordancia con el artículo 38 del C.C.A.”

Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Frente a decisiones arbitrarias y caprichosas de los jueces

Problema Jurídico: *¿Es procedente la acción de tutela contra providencia judicial cuando la misma no fue una decisión caprichosa o arbitraria por parte del juez natural?*

Tesis: “[L]a providencia reprochada no contiene una decisión arbitraria ni grosera, tal como lo sostuve en el proyecto de fallo que presenté a consideración de la Sala y que fue derrotado.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 13 de octubre de 2020, C.P. Nicolás Yepes Corrales, S.V. Guillermo Sánchez Luque, radicación 11001-03-15-000-2020-00687-01\(AC\).](#)

7. Es improcedente ordenar, por vía de acción de tutela, el beneficio de prisión domiciliaria, contenido en el Decreto 546 de 2020, a las personas que se encuentran recluidas en los centros carcelarios del país.

Síntesis del caso: *La parte actora presentó acción de tutela contra la Presidencia de la República y otras entidades públicas, con el fin de que le fuera concedido el beneficio de prisión domiciliaria en los términos del Decreto 546 de 2020, con el fin de evitar un posible contagio de la COVID 19 en su lugar de reclusión. El Juez de tutela encontró que la accionante no demostró que, con la medida de privación de la libertad impuesta en el centro carcelario, se le causara un perjuicio irremediable que le permitiera acceder al citado beneficio y así ordenar, a las autoridades demandadas, la aplicación de la prisión domiciliaria en los términos del referido Decreto. No obstante, se conminó a las entidades responsables para que suministraran los elementos de bioseguridad respectivos para mitigar el contagio por la COVID-19.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO DE CONTENIDO GENERAL / DECRETO LEGISLATIVO 546 DE 2020 – Dictado dentro del Estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por la pandemia COVID-19 / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE SOLICITUD DE PRISIÓN DOMICILIARIA - Beneficio derivado del Decreto 546 de 2020 / PERJUICIO IRREMEDIABLE – No configuración / CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD –

Frente a los decretos legislativos / SOLICITUD A ENTIDADES PARA PROVEER ELEMENTOS DE BIOSEGURIDAD – Que permitan controlar la propagación de la pandemia

Problema Jurídico: “*tutela es procedente para efecto de evaluar la conveniencia y efectividad de las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 y ordenar la prisión domiciliaria en el caso particular de la [tutelante].*”

Tesis: “Debe recordarse, en primer lugar, que la parte actora alega que no son suficientes los criterios adoptados en el Decreto 546 de 2020 para sustituir la pena de prisión y medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia, a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19. Es decir, de entrada, se advierte que la demandante cuestiona un acto de contenido general. (...) [E]n el sub lite no [no se configura un supuesto de perjuicio irremediable], por cuanto no se advierte que la apli-

cación del Decreto 546 de 2020 derive en la vulneración de derechos fundamentales de la [tutelante]. (...) Como se vio, para habilitar el estudio de fondo frente al acto general, la parte actora debía demostrar que el acto general causaba un riesgo inminente frente a derechos fundamentales. Sin embargo, esas situaciones no se encuentran probadas, pues, en principio, las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 resultan razonables y proporcionales. (...) [Además,] una vez revisado el sistema de información de la Corte Constitucional, la Sala encontró que actualmente se tramita el control automático de constitucionalidad del Decreto 546, bajo el radicado RE277. (...) [Por último,] es pertinente instar a la US-PEC y al INPEC para que, de manera coordinada, provean los elementos y servicios necesarios para controlar la propagación del COVID-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país y atender al personal contagiado.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 18 de junio de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación 25000-23-15-000-2020-01331-01\(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

1. Se vulneran los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico por la contaminación de los cuerpos de agua de la bahía de Cartagena, debido a los vertimientos provenientes del canal del dique y los generados por diversas actividades económicas.

Síntesis del caso: *En ejercicio de la acción popular, el Procurador Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios demandó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, a la Dirección General Marítima - DIMAR, a la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial - COTECMAR, a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique – CARDIQUE, al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y al Establecimiento Público Ambiental de Cartagena – EPA CARTAGENA, con miras a obtener la protección de los derechos e intereses colectivos, por el daño ambiental causado al ecosistema de la Bahía de Cartagena por la descarga permanente de vertimientos y sustancias contaminantes. El Consejo de Estado concluyó que se vulneraron los derechos colectivos invocados, dado que las acciones adelantadas por las entidades demandadas para prevenir y disminuir la contaminación han sido*

insuficientes y desarticuladas, por lo que estableció instrumentos de planeación y estrategias interinstitucionales para la restauración ecológica del recurso hídrico.

COMPETENCIA DEL ESTABLECIMIENTO PÚBLICO AMBIENTAL, EPA Y EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – Para garantizar la prestación del servicio público de alcantarillado y saneamiento ambiental en condiciones de calidad / INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS DE EVALUACIÓN, CONTROL, SEGUIMIENTO AMBIENTAL POLICIVAS Y SANCIONATORIAS – Frente a la problemática ambiental de la bahía de Cartagena por los vertimientos / COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA – Relacionada con la protección del ecosistema marino / AUTORIDAD DE LICENCIAS AMBIENTALES - ANLA / AUSENCIA DE MEDIDAS PREVENTIVAS, CORRECTIVAS Y SANCIONATORIAS - Derivadas de infracciones ambiental por la contaminación y deterioro del cuerpo hídrico

Problema Jurídico 1: “¿[L]a DIMAR, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, EPA Cartagena, ANLA y COTECMAR son responsables de la transgresión de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y al aprovechamiento racional de los recursos naturales?”

Tesis 1: “[L]a conservación de los recursos de la Bahía de Cartagena es un asunto que atañe directamente a EPA - CARTAGENA. (...) EPA Cartagena fue negligente en el cumplimiento de sus funciones relacionadas con: (i) el ordenamiento del recurso hídrico; (ii) la aplicación del principio de rigor subsidiario; (iii) la reglamentación de los vertimientos; y (iv) la formulación, ejecución y cofinanciación de programas y proyectos de recuperación, restauración, rehabilitación y conservación de la Bahía de Cartagena. (...) Adicionalmente (...) tampoco acreditó plenamente que la evaluación, control y seguimiento ambiental de la calidad del recurso hídrico fuese oportuna, o que haya impuesto y ejecutado las medidas policivas y sancionatorias pertinentes. (...) [E]l Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias también debe apoyar en los asuntos ambientales a EPA - Cartagena y a CARDIQUE en cada una de las zonas de la jurisdicción de estas autoridades que se acompasan con el perímetro urbano y rural de esa ciudad. Adicionalmente, esta autoridad es garante de la prestación de los servicios públicos de saneamiento ambiental. (...) [E]s claro que el Distrito no solo debe coadyuvar a las autoridades ambientales en el cumplimiento de sus funciones, sino que, igualmente, es garante de controlar una de las principales causas del deterioro. (...) Al plenario no se allegó prueba sobre el cumplimiento de estos deberes legales y, por el contrario, solo se acreditó la baja cobertura de los servicios públicos, la inadecuada recolección y disposición de residuos sólidos y líquidos en 11 sectores, la cobertura nula de la población de bajamar, y los recurrentes rebosamientos de aguas residuales tras fuertes lluvias, causados por el

colapso del sistema de alcantarillado y de los caños. (...) [A] la DIMAR le corresponde (...): i) propender por un desarrollo sostenible de los puertos; ii) mejorar continuamente los niveles de eficiencia en la prestación de los servicios marítimos y portuarios (Seguridad Integral Marítima), y iii) procurar que el progreso de la Marina Mercante de transporte marítimo internacional se desarrolle a través de un enfoque transversal que recoja aspectos como infraestructura, procesos y procedimientos en el marco de la seguridad integral marítima, protección del medio marino y seguridad jurídica. Con base en lo descrito (...) se entiende el motivo por el cual dicha entidad hacia parte del “Comité Ambiental Interinstitucional para la recuperación y manejo de la Bahía de Cartagena”. (...) En cuanto atañe a las responsabilidades de la ANLA, valga señalar que esa institución fue (...) con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa ambiental en los proyectos, obras o actividades sujetos de licenciamiento, permiso o trámite ambiental (...). Así, a la ANLA le compete otorgar o negar y hacer seguimiento a dichas autorizaciones; así como sancionar y conminar la reparación de los daños causados al ambiente marino por esas actividades económicas (...). [L]a ANLA solo formuló cargos en uno de los cuatro casos que presentaban reporte negativo a 28 de noviembre de 2017, lo que denota una conducta alejada de la realidad existente y poco acorde con la gravedad de la problemática que afecta la bahía. (...) De otro lado, lo cierto es que (...) por lo menos 7 de los 37 proyectos (excluyendo los 4 ya analizados), están sujetos a un permiso de vertimientos. (...) Así mismo, (...) es dable a la ANLA conminar la modificación de los licenciamientos que presentan impactos ambientales adicionales a los identificados en las autorizaciones iniciales. (...) Por último, también es preocupante que la ANLA no haya informado a la Sala sobre la adopción de medidas preventivas y/o correctivas, en el marco de los procesos sancionatorios antes mencionados.”

ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO Y A LA EXISTENCIA DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO / CONTAMINACIÓN DE LOS CUERPOS DE AGUA DE LA BAHÍA DE CARTAGENA - Por los vertimientos provenientes del Canal del Dique y los generados por diversas actividades económicas / DESARTICULACIÓN INTERINSTITUCIONAL E INSUFICIENCIA DE ACTUACIONES - En la toma de decisiones, conservación de áreas marinas, control y vigilancia de permisos ambientales / AUSENCIA DE PLANEACIÓN Y ORDENACIÓN DE LA BAHÍA DE CARTAGENA / PRINCIPIOS DE RIGOR SUBSIDIARIO Y GRADACIÓN NORMATIVA – Falta de aplicación

Problema Jurídico 2: *¿Las acciones adelantadas por las entidades demandadas para conservar el área marina y lograr la disminución de la contaminación, han sido suficientes y articuladas ante la gravedad del daño?*

Tesis 2: “[L]a contaminación de la Bahía de Cartagena genera una grave afectación de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico del entorno marino. (...) Tampoco reposa en el acervo probatorio el “Plan de Trabajo Interinstitucional enfocado a la construcción de la estrategia de recuperación ambiental de la Bahía de Cartagena”, ni los planes de seguimiento, o por lo menos informes de evaluación de seguimiento a la calidad del recurso hídrico. (...) [L]a Bahía de Cartagena es de tal gravedad que fue necesario crear una instancia conformada por las entidades del SINA con el fin de orientar cómo se cumpliría con este cometido. Por ende, las entidades que pertenecen al extremo pasivo de la litis no pueden ejecutar sus funciones de manera aislada y desarticulada, pues, el abordaje de las múltiples causas de la contaminación de la bahía, solo es posible a través del trabajo en equipo y la concatenación de esfuerzos. (...) Luego, es necesario un cambio de la cultura gubernamental en el sentido de no olvidar que las instituciones fueron establecidas con el objeto lograr los fines estatales, más allá de las prácticas burocráticas que impiden, dificultan o entorpecen tal cometido. En vez de atribuir la responsabilidad del daño ambiental a los demás actores públicos y privados (...), la administración debe fomentar un comportamiento autocrítico que permita la mejora continua, y con ello, la protección de los ecosistemas y de la vida. (...). La Constitución Política precisa que la gestión de los recursos naturales y del medio ambiente debe regirse por el principio de planeación (...) En armonía con la Constitución Política, el artículo 5º del Decreto 1120 de 2013 establece el Plan de Ordenamiento y Manejo Integrado de las Unidades Ambientales Costeras (POMIUAC) (...). En este orden,

las comisiones conjuntas y las autoridades competentes ya cuentan con los insumos necesarios para construir los instrumentos de planeación que fueron ordenados hace más de veinte años (...) y que todavía son inexistentes. (...) Esta deuda histórica con las unidades ambientales costeras y oceánicas de nuestro país (UAC - UAO) ha afectado gravemente los entornos marinos y, específicamente [el] ecosistema al que pertenece la bahía de Cartagena. (...) Sin embargo, la ausencia de aquel instrumento impide el desarrollo sostenible de las aguas marinas de la Bahía de Cartagena, y de toda la región caribe. Lo cual constituye un factor que imposibilita la planeación a largo plazo y la articulación interinstitucional. (...) Todo lo anterior deja ver que son insuficientes los instrumentos de planeación previstos para el desarrollo de la bahía de Cartagena. (...) Igualmente (...) a nivel nacional, la administración no ha implementado efectivamente programas de sostenibilidad ambiental sectorial, rehabilitación, restauración, conservación, evaluación, prevención, reducción y control de fuentes terrestres y marinas de contaminación al mar. (...) Por más de 35 años, o 37 años (...) las autoridades ambientales han vigilado el cumplimiento de una normatividad que a todas luces resultaba insuficiente para atender las necesidades específicas de las descargas del sector. (...) Dicho de otro modo, para la Sala resulta totalmente injustificado el hecho de que CARDIQUE y EPA - CARTAGENA no aplicaran el principio de rigor subsidiario a pesar del estado de desprotección jurídica y física del cuerpo de agua (...) Es más, como se advirtió, la negligencia del MADS en cuanto a la definición oportuna de los parámetros de planificación del manejo de los recursos naturales presentes en las zonas costeras y oceánicas de Colombia, y de los límites permisibles de los vertimientos en esos sectores, llevo a que las demás entidades participantes del SINA desatendieran sus deberes específicos respecto de ese recurso y, como consecuencia, es notoria la vulneración de los derechos colectivos aquí estudiados.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 21 de agosto de 2020, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 13001-23-33-000-2017-00987-01 \(AP\).](#)

2. Debido a la deficiente construcción y la falta de mantenimiento del hospital, así como por la ausencia de puestos de salud en zonas rurales, se ordenan medidas de protección para la población del municipio de Paz de Ariporo.

Síntesis del caso: *El personero municipal de Paz de Ariporo, en ejercicio de la acción popular, presentó demanda contra el Ministerio de Salud y Protección Social, REDSALUD CASANARE ESE, el departamento de Casanare y el municipio de Paz de Ariporo, con el fin de obtener la protección de los derechos e intereses colectivos, con ocasión de la construcción con materiales de baja calidad y la falta de mantenimiento de la sede del Hospital “Jorge Camilo Abril” del municipio, así como por falta de puestos y prestación del servicio de salud en zonas marginadas o de baja densidad poblacional del ente territorial. Esta Corporación, en segunda instancia, encontró acreditada la vulneración de los derechos invocados y, en consecuencia, ordenó medidas orientadas a la realización de un estudio sobre las necesidades en salud de las comunidades residentes en las veredas del Municipio y a la ejecución de las obras pertinentes.*

MEDIO DE CONTROL DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL PATRIMONIO PÚBLICO – Por la construcción con materiales de baja calidad y la falta de mantenimiento de la sede del Hospital Local “Jorge Camilo Abril” del municipio de Paz de Ariporo / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO / VULNERACIÓN DEL DERECHO COLECTIVO RELACIONADO CON LA REALIZACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES Y DESARROLLOS URBANOS RESPETANDO LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS / ORDEN DE DEMOLICIÓN DE OBRAS – Hasta la terminación y puesta en operación del nuevo centro de salud

Problema Jurídico 1: *“¿Las entidades accionadas vulneraron de los derechos colectivos relacionados con la defensa del patrimonio público y la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, por el menoscabo del centro de salud del municipio de Paz de Ariporo, debido a la construcción con materiales de baja calidad, el abandono y la esporádica utilización de la infraestructura?”*

Tesis 1: “Al abordar la conceptualización de este derecho colectivo, esta Corporación desde tiempo atrás ha indicado que el “patrimonio público” versa sobre todos los bienes, derechos y obligaciones sobre los cuales el Estado es titular del dominio, titularidad que no en todos los casos se equipara con la del derecho civil (...) Asimismo, ha sostenido que la “defensa” de dicho patrimonio se expresa no solo en el mantenimiento de la integridad de su contenido sino también en su administración y ejecución eficiente, transparente y responsable, de acuerdo con la respectiva normativa aplicable. (...).[T]anto la construcción con materiales de baja calidad de la sede de la IPS Hospital Local “Jorge Camilo Abril” del municipio de Paz de Ariporo, como también su falta de mantenimiento durante la

época de los hechos de la demanda vulneraron la integridad, administración y ejecución eficiente y responsable del patrimonio público, deficiencias de las que fueron responsables por omisión el departamento y REDSALUD, respectivamente (...) La vulneración (...)acarreó también la del derecho colectivo relacionado con la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, conclusión que resulta clara dado el resultado del contrato de consultoría 1350 de 23 de junio de 2017, suscrito entre el departamento de Casanare y la sociedad Técnicas Colombianas de Ingeniería SAS. (...) [S]i bien el hecho de que se encuentre terminada la edificación de la IPS Hospital Local “Jorge Camilo Abril” del municipio de Paz de Ariporo podría válidamente hacer pensar que, no obstante, la vulneración del derecho en cuestión, se configuró una hipótesis de daño consumado, lo cierto es que mientras no sea demolida esa edificación, persistirá la vulneración de dicho derecho. No significa lo anterior que en el estado actual de las cosas deba ordenarse la demolición inmediata de la referida IPS, puesto que (...) una medida de esa magnitud estaría despojada de un

mínimo juicio de ponderación y de paso exacerbaría la vulneración de otros derechos colectivos (...) Así las cosas, la demolición de la edificación la IPS Hospital Local “Jorge Camilo Abril” del municipio de Paz de Ariporo debe condicionarse a la terminación y puesta en operación de un nuevo centro hospitalario que cumpla como mínimo con los mismos servicios habilitados respecto de aquel. (...) [S]egún se infiere de las decisiones del a quo con ocasión de la verificación de las medidas provisionales contenidas en el fallo impugnado, REDSALUD dio cumplimiento a la consistente en “realizar las adecuaciones locativas

urgentes de mantenimiento y remodelación de la infraestructura de la I.P.S. Centro Urbano de Salud de Paz de Ariporo ‘Jorge Camilo Abril’ para mejorar el servicio”; sin embargo, el contrato de consultoría 1350 de 23 de junio de 2017 (...), evidenció que las instalaciones de dicha IPS no solo presentan problemas estructurales debido a la mala calidad de los materiales con los que fueron construidas sino que además no cumplen con las normas de sismo resistencia, circunstancias que en el mediano plazo justifican su demolición y la construcción de un nuevo centro hospitalario.”

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE ACCESO A UNA INFRAESTRUCTURA DE SERVICIOS QUE GARANTICE LA SALUBRIDAD PÚBLICA, DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS, DE ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y A QUE SU PRESTACIÓN SEA EFICIENTE Y OPORTUNA, A LA SEGURIDAD Y SALUBRIDAD PÚBLICAS – Por falta de puestos y prestación del servicio de salud en zonas marginadas o de baja densidad poblacional del municipio de Paz de Ariporo / DERECHO A LA SALUD– Elementos de disponibilidad y accesibilidad

Problema Jurídico 2: *¿Se vulneran los derechos colectivos de la población rural de las veredas del municipio de Paz de Ariporo, por la limitada oferta y accesibilidad a los servicios de salud?*

Tesis 2: “La preocupación por la prestación de los servicios de salud en territorios caracterizados por una población dispersa (zonas de baja densidad poblacional) y/o por encontrarse en zonas alejadas y/o de difícil acceso (zonas marginadas) llevó al legislador a impulsar la presencia y fortalecimiento de la institucionalidad pública (ESE) para poder superar las dificultades –principalmente del orden de la sostenibilidad financiera– que esas situaciones plantean frente a la variada complejidad de dichos servicios. (...) La conservación de los puestos o centros de salud podía haber contribuido a mantener una básica dinamización en la prestación del servicio de salud a través de varios nodos, sin el riesgo de una desmejora en la efectividad por cuenta de su desactivación y dismantelamiento. (...) Téngase presente que los puestos o centros de salud no solo fueron concebidos desde sus orígenes como servicios mínimos de que disponían los municipios, sino que también en la década de los noventa pasaron a conformar el primer nivel de atención del servicio de salud conjuntamente con los hospitales locales y desde el 2011 resultan compatibles con el componente del fortalecimiento de los servicios de baja complejidad dentro de la estrategia de la “Atención Primaria en Salud”, razón por la cual el cierre de dichos establecimientos necesariamente afectaba la garantía mínima de la población ru-

ral del municipio para acceder a la prestación del servicio. (...) [El cierre de los puestos y centros de salud sin la adopción de medidas eficaces que compensaran la ausencia casi permanente de ese primer nivel de atención, en un contexto de baja densidad poblacional, de una limitada oferta y accesibilidad a los servicios de salud y de barreras y carencia de vías de acceso entre las veredas y el centro urbano del municipio de Paz de Ariporo, implicaron una vulneración que aún persiste del derecho colectivo de la población rural al acceso a los programas que componen una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública a través de instalaciones y/o esquemas telemáticos de organización dispuestos para el efecto. (...) En un contexto de baja densidad poblacional, de una limitada oferta y accesibilidad a los servicios de salud y de barreras y carencia de vías de acceso entre las veredas y el centro urbano del municipio de Paz de Ariporo, la vulneración de los derechos colectivos de la población rural usuaria –categoría que en el SGSSS atañe a los afiliados y beneficiarios en los regímenes contributivo y subsidiado– de servicios de salud se materializa fundamentalmente en la falta de garantías para su disponibilidad razonable, progresiva y continua. (...) La vulneración de los derechos precedentes constituye también la causa de la vulneración del derecho colectivo (...) al acceso a los servicios públicos y a que estos se presten eficiente y oportunamente puesto que, tratándose del servicio público y derecho fundamental a la salud, por una parte, no es posible separar los elementos de disponibilidad y accesibilidad; y, de otro lado, los criterios de eficiencia y

oportunidad en su prestación inevitablemente resultan impactados, dada la ausencia casi permanente del primer nivel de atención en la zona rural de dicha entidad territorial y la afectación consecuente de los usuarios (...). La amenaza del derecho colectivo relacionado con la seguridad y salubridad públicas, en

particular por este último componente, puesto que la vulneración de los derechos precedentes, tratándose de la población rural del municipio de Paz de Ariporo, deja en entredicho la prevención de los factores patológicos que podrían poner en riesgo la salud de dicha población.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 3 de julio de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 85001-23-33-000-2016-00290-01\(AP\).](#)

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

1. Existe omisión, por parte de la Fiscalía General de la Nación, en el cumplimiento del mandato claro expreso y exigible contenido en el Decreto Ley 020 de 2014, al no adelantar las etapas del concurso de méritos para proveer los cargos de carrera que se encuentran vacantes.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda de acción de cumplimiento contra la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que atienda el mandato claro, expreso y exigible contenido en el Decreto Ley 020 de 2014, pues a la fecha no ha adelantado el trámite para la convocatoria al concurso público de méritos para proveer los cargos de carrera que se encuentran vacantes. Luego de analizar los hechos y las pruebas obrantes en el proceso, se logró establecer que la autoridad demandada incumplió el mandato contenido en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, en el sentido de convocar a concurso público de méritos para proveer los cargos de carrera actualmente vacantes, por lo que se le ordenó a la Comisión Especial de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, dar cumplimiento de manera inmediata a esa disposición.*

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO - Accede / MANDATO CLARO, EXPRESO Y EXIGIBLE – En cabeza de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación / OMISIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN PARA ADELANTAR LA CONVOCATORIA A CONCURSO O PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS CARGOS DE CARRERA QUE SE ENCUENTREN VACANTES

Problema Jurídico: *[La Sala deberá establecer si ¿la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación ha incumplido el mandato claro, expreso y exigible contenido en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, al omitir la convocatoria a concurso de méritos para proveer los cargos de carrera que se encuentran actualmente vacantes?].*

Tesis: “La demandante advierte el incumplimiento, por parte de la Fiscalía General de la Nación, respecto del contenido del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014.(...) Anticipa la Sala que comparte la conclusión a la cual arribó el Tribunal, según la cual, el anterior precepto contiene un mandato claro, expreso y exigible en cabeza de la Comisión de Carrera Especial de la Fiscalía General de la Nación, que se resume en que, dentro de los tres años siguientes al

9 de enero de 2014, se convoque a concurso los cargos de carrera que se encuentren vacantes definitivamente o que estén provistos mediante nombramiento provisional o encargo. (...) Luego de analizar los argumentos de defensa expuestos por la accionada, advierte la Sala que es lo cierto que el Decreto Ley 898 de 2017, modificó parcialmente la estructura de la Fiscalía General de la Nación, pero también lo es que dicha norma no alteró el contenido del artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, y tampoco amplió el plazo para convocar a concurso, lo que impone que el lapso concedido de 3 (tres) años para abrir la

convocatoria no ha sido modificado. (...) Resta a la Sala manifestar que si bien hay lugar a confirmar el fallo impugnado es necesario aclarar que el plazo concedido para acatar lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto Ley 020 de 2014, no lo es para la consecución de recursos económicos, pues como ya se precisó esto está regulado por el mismo decreto en su artículo 46, sino para adelantar las actividades necesarias a fin de convocar a concurso los cargos de carrera, vacantes de manera definitiva o provistos mediante nombramiento provisional o en encargo.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 22 de octubre de 2020, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 25000-23-41-000-2020-00185-01\(ACU\).](#)

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

Niegan recurso extraordinario de revisión con el que el departamento de Bolívar pretendía se infirmara sentencia que ordenó seguir adelante la ejecución contra el ente territorial.

Síntesis del caso: *Presentado recurso extraordinario de revisión con base en la causal segunda, por supuestamente haberse dictado sentencia con fundamento en documento falso, se declaró infundado el recurso presentado por el departamento de Bolívar tras considerarse que la causal que invocó el actor no se configuró toda vez que el único documento que se adujo como sustento del recurso fue proferido por una autoridad judicial penal más de un año antes de que se profiriera la decisión objeto de controversia, sin que la parte recurrente hubiese aducido imposibilidad de conocerlo o acceder a él, ni se aprestara a allegarlo al diligenciamiento, contribuyendo con su omisión a las resultas del proceso.*

CAUSAL SEGUNDA DE REVISIÓN / HABERSE DICTADO LA SENTENCIA CON FUNDAMENTO EN DOCUMENTOS FALSOS O ADULTERADOS – Como causal de revisión / CAUSAL SEGUNDA DE REVISIÓN – Configuración / PRUEBA FALSA – Incidencia en el fallo objeto de revisión / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – No constituye oportunidad para reparar yerros / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN – Se declara infundado porque parte no expuso argumentos de revisión en oportunidades existentes ante juez ordinario / PARTE INTERESADA – Contribuyó con su omisión a que juez incurriera en error

Problema Jurídico: *¿Se configura la causal segunda de revisión cuando el documento que se presenta como constitutivo de causal relacionada con “haberse proferido sentencia con base en documento falso” existía antes de que se profiriera el fallo*

Tesis: “[E]s preciso advertir que la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que dio cuenta de la falsedad documental que sustenta la causal de revisión que atañe a la Sala, data del 10 de mayo de 2017. Lo anterior significa que la decisión en mención se profirió con anterioridad a que el expediente del proceso ejecutivo ingresara para fallo el 15 de febrero de 2018, esto es, diez meses antes, e incluso transcurrió un lapso aproximado de un año y seis meses previo al ingreso final que tuvo lugar el 5 de diciembre de 2018. De este modo se tiene que, pese a que la decisión de la justicia penal se dictó con bastante anticipación al ingreso del expediente ejecutivo para fallo, el Departamento de Bolívar guardó silencio frente a esta circunstancia, muy a pesar del peso que la referida sentencia pudiera tener en el sentido de la decisión materia de esta revisión. Adicionalmente, en atención a las características del proceso penal en cuestión, resulta natural que el Departamento de Bolívar estuviera al tanto del mismo y en este punto, resulta del caso precisar que en ningún momento el recurrente invoca la imposibilidad de haber conocido oportunamente de dicha decisión judicial. Por lo

que se pretende y el interesado no lo aportó al diligenciamiento sin que se haya acreditado su imposibilidad de hacerlo?

tanto, la Sala advierte que el ente territorial ejecutado, mediante la revisión que nos ocupa, pretende en realidad subsanar la falencia en materia de contradicción que, por desidia, no ejerció en el transcurso del proceso ejecutivo, propósito para el cual no se instituyó este mecanismo extraordinario. Se aclara que, si bien es cierto que la prueba oficiosa corresponde al ejercicio de una potestad meramente discrecional del juez, ello no es óbice para que los sujetos procesales informen al juez acerca de hechos de interés para el proceso, para que la autoridad jurisdiccional decida si es del caso adoptar las providencias necesarias en aras del esclarecimiento de la verdad, o bien considere que el acervo obrante es suficiente para proferir decisión de mérito. Ello en la medida que, con la eventual decisión negativa de decretar la prueba, se entendería agotada toda posibilidad de debatir el asunto en el trámite jurisdiccional correspondiente y, por lo tanto, daría lugar al estudio de fondo en sede de revisión extraordinaria. También es pertinente tener presente que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se dictó con posterioridad a la fecha en que venció el término para alegar de conclusión, toda vez que el traslado correspondiente se dispuso a través de auto del 7 de febrero de 2011. Por ello, no era procedente que la

parte ejecutada se refiriera a esta circunstancia en sus alegaciones finales, ya que ello no resultaba materialmente posible. Con todo, no hay que perder de vista que el texto del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil permitía a las partes manifestar cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial en debate, inclusive antes de que el expediente ingresara al Despacho para sentencia, cuando no procedía alegar de conclusión, supuesto que se acompasa con la situación del Departamento de Bolívar por cuanto, pese a que no le era posible exponer tal hecho en sus alegaciones finales dado el contexto temporal, bien pudo hacerlo antes del ingreso del proceso para fallo, máxime cuando el mismo registró varias salidas y entradas, según se

explicó en los párrafos anteriores. Finalmente, se debe advertir que el recurrente, salvo la sentencia de casación del 10 de mayo de 2017, no puso de presente otros aspectos o medios de prueba que permitan a esta colegiatura realizar el análisis objetivo correspondiente, en torno a la presunta falsedad de los documentos con base en los cuales se dictó la sentencia materia de esta revisión, por lo tanto, es claro que tuvo la oportunidad de poner en conocimiento del juez de la ejecución dicha providencia judicial antes de que se produjera la sentencia ahora censurada y no lo hizo. Es decir, contribuyó con su omisión a que el juez de la ejecución incurriera en error por lo que dicha falencia no puede ser corregida ahora vía, recurso extraordinario de revisión.”

[Consejo de Estado, Sala Sexta Especial de Decisión, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, sentencia del 6 de octubre de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-00085-00\(REV\).](#)

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

1. Se declara ajustada a derecho la Directiva Transitoria No 005/PCTMAR-VPEXE-VPT&O-2020 del 8 de abril de 2020 de la Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial –CO-TECMAR.

Síntesis del caso: *La Directiva Transitoria No 005/PCTMAR-VPEXE-VPT&O-2020 del 8 de abril de 2020, expedida por el presidente de la Corporación de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial (Cotecmar), fue objeto del control inmediato de legalidad, bajo la consideración de que las medidas que constituyen el objeto de ese medio de control comprenden, además de actos administrativos, a aquellos actos internos de la administración, denominados también como medidas del orden interior o soft law administrativo.*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD SOBRE ACTOS INTERNOS DE LA ADMINISTRACIÓN. MEDIDAS DEL ORDEN INTERIOR O SOFT LAW ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *¿Las «medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa», a las que se refieren los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA como objeto del control inmediato de legalidad ¿solo comprenden a los actos administrativos y, por lo tanto, las expresiones del llamado soft law administrativo no pueden ser enjuiciados en este medio de control?*

Tesis: “Las medidas del orden interior, actos internos de la administración o expresiones del soft law

administrativo como circulares, directivas y otros instrumentos que tienen como finalidad asegurar la cohesión y la coherencia de la actividad administrativa del Estado, también deben ser objeto del control inmediato de legalidad, toda vez que esas manifestaciones de la función administrativa están incluidas dentro del campo semántico del término «medidas», al que se refieren los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No 19, sentencia de 18 de agosto de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-15-000-2020-01618-00\(CA\).](#)

2. Declaran Legalidad de Resolución 640 del 1 de abril de 2020 expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones MINTIC «Por la cual se suspenden términos dentro de algunas actuaciones administrativas que se adelanten en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica».

Síntesis del caso: *Sometida a Control Inmediato de Legalidad la Resolución 640 del 1º de abril de 2020 expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se declaró la legalidad de la misma por encontrarse acorde con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, lo que permite considerarla ajustada a derecho.*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD RESOLUCIÓN 640 DE 202 DEL MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS DENTRO DE ALGUNAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS / COMPETENCIA / REQUISITOS FORMALES - Cumplimiento

Problema Jurídico: “[E]stablecer si la Resolución No. 640 del 1º de abril de 2020 dictada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se encuentra conforme, en sus aspectos formal y material, con las normas superiores que directamente le sirvieron de fundamento y con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.”

Tesis: “[L]a suspensión de los términos procesales de las actuaciones administrativas, a cargo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, resultan idóneas y eficaces para limitar las posibilidades de propagación del virus del COVID-19 y proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden, y para garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa de los sujetos que hacen parte de estas actuaciones; lo cual sin lugar a dudas, contribuye a superar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Gobierno Nacional a través del Decreto Declarativo 417 de 17 de marzo de 2020. (...) [A] través de la citada disposición, la Ministra de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ordenó suspender la atención al público de manera presencial hasta tanto permanezca la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social con ocasión del coronavirus COVID-19; igualmente habilitó canales de atención alternativos para recibir las peticiones, quejas, reclamos y solicitudes en general realizadas por los usuarios; determinación que en concepto de esta Sala también supera las tres fases o etapas del mencionado test de proporcionalidad. (...) Debido a la situación de emergencia sanitaria que dio origen a la declaratoria del Estado de Excepción con ocasión de la propagación del Coronavirus COVID-19, el Gobierno Nacional ha adoptado varias medidas para conjurar tal estado de cosas, como la implementación del teletrabajo (*artículo 2º de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social*); el aislamiento preventivo obligatorio y la limitación total de la libre circulación de personas en todo el territorio nacional (*artículo 1º del Decreto 457 de 2020*); y que la prestación de los servicios a cargo de las autoridades podrá hacerse mediante la modalidad de trabajo en casa, usando las tecnologías de la información y las comunicaciones e informando a los usuarios los canales oficiales habilitados para este efecto (*Decreto Legislativo 491 de 2020 artículo 3º*), con el fin de reducir el contacto entre las personas y así evitar el contagio del virus mencionado. (...) En tal virtud, la medida en estudio consistente en brindar la atención al ciudadano a

través de canales alternativos, como correo electrónico, formularios web, vía redes sociales, y vía telefónica, para recibir cualquier tipo de inquietud, petición, queja, reclamo, sugerencia y consulta, persigue un fin constitucionalmente legítimo, y en consecuencia se considera idónea, porque está dirigida a garantizar la atención al público y reducir el riesgo de contagio del COVID-19, en aras de preservar la salud y la vida de los servidores públicos, contratistas y usuarios de los servicios prestados por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; lo cual, resulta eficaz para superar las actuales circunstancias de anormalidad, que se pretenden conjurar mediante la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, efectuada por el Gobierno Nacional por medio del Decreto Declarativo 417 de 2020. (...) Así mismo, como quiera que la atención de peticiones, quejas, reclamos y demás servicios a cargo de las autoridades es indispensable para garantizar el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, la medida de brindar la prestación de los servicios, en lo posible, mediante la modalidad de trabajo en casa, a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, resulta necesaria para prevenir la transmisión del virus, especialmente ante la ausencia de vacunas científicamente avaladas y demás medidas farmacológicas. Sobre el particular, se resalta que su necesidad se limita en el tiempo y se circunscribe a los hechos en que se fundamenta, pues conforme al artículo en estudio, su vigencia está condicionada a la duración de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y protección Social. (...) Por último, con miras a desarrollar el juicio de proporcionalidad en estricto sentido como última fase del test, esta Sala considera que la orden de suspender temporalmente la atención presencial al público *-hasta tanto permanezca la emergencia sanitaria con ocasión del Coronavirus-* y, en consecuencia, prestar los servicios presenciales suspendidos mediante medios alternativos *-telefónicos, por la web y por redes sociales-*, no genera afectación grave a derechos fundamentales, ni le resta eficacia al deber de la administración de atender las peticiones, consultas, inquietudes, quejas y reclamos de los ciudadanos, porque en todo caso la autoridad deberá resolverlos dentro de los términos que establezca la normativa aplicable. Más aún, porque la Ley 1437 de 2011 *-Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-* prevé la posibilidad de que los procedimientos y trámites administrativos se adelanten o promuevan por cualquier medio electrónico o tecnológico (*artículos 5º, 7º y 53*). (...) De este

modo, es claro que la medida estudiada no genera conflicto alguno entre principios o derechos, puesto que garantiza tanto la efectiva atención a los usuarios, como los derechos fundamentales a la vida y salud de éstos y de los servidores públicos del Ministerio de las Tecnologías y las Comunicaciones y, además, se encuentra acorde con lo dispuesto por el legislador ordinario en tiempos de normalidad. Así lo ha considerado esta Corporación, al señalar en recientes pronunciamientos que las medidas de suspensión de la atención presencial al público obedecen a «la necesidad de garantizar un equilibrio entre la orden de cuidado y prevención del contagio por coronavirus COVID 19 mediante el aislamiento y la de continuar prestando servicios que tienen implicaciones en ámbitos sensibles para la sociedad» y

que, además, «al tiempo que toma medidas para la prestación de los servicios a su cargo, la flexibiliza, haciendo suyas las herramientas tecnológicas y colaborativas; lo cual se traduce, adicionalmente, en respuestas oportunas, veraces, completas, motivadas y actualizadas de las peticiones que tengan lugar en tiempos de pandemia por parte de los interesados y en la consiguiente protección tanto de éstos como de trabajadores y sus familias»; criterio que comparte esta Sala Especial de Decisión. (...) Por los motivos expuestos, la Sala concluye que el artículo 2° de la 640 de 1° de abril de 2020, se encuentra acorde con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido y, por consiguiente, se ajusta a derecho.»

[Consejo de Estado, Sala Décima Especial de Decisión, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 10 de septiembre de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01234-00\(CA\).](#)

3. Se declara ajustada a la legalidad la Resolución No 6014 del 9 de julio de 2020 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

Síntesis del caso: *Se efectuó control inmediato de legalidad a la Resolución No 6014 del 9 de julio de 2020 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones "Por la cual se levanta la suspensión de términos de las actuaciones administrativas sancionatorias tramitadas ante la Sesión de Comisión de Contenidos Audiovisuales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, se establecen el procedimiento y los protocolos para la revisión de los expedientes y se dictan otras disposiciones"*

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Características / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Alcance / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Elementos formales y materiales / RESOLUCIÓN No. 6014 DEL 9 DE JULIO DE 2020 DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES - Se encuentra ajustada a la legalidad

Problema jurídico: *¿La Resolución No 6014 del 9 de julio de 2020 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, se encuentra conforme, en sus aspectos formales y materiales, con las normas superiores que directamente le sirvieron de fundamento y con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Excepción?*

Tesis: “[...] El examen formal consiste en verificar que el acto general cumpla con los siguientes requisitos: i) que se trate de un acto de contenido general, ii) que el mismo se haya dictado en ejercicio de la función administrativa, y iii) que el acto tenga como fin el desarrollar uno o más de los decretos legislativos expedidos en los estados de excepción. [...] De conformidad con lo expuesto, se concluye que la Resolución No. 6014 del 9 de julio de 2020, cumple con todos los requisitos formales atinentes al contenido

general, al ser expedida en ejercicio de la función administrativa asignada a dicha entidad, y su articulado, aunque no encuentra un fundamento expreso en el Decreto 491 de 2020, se muestra evidente que de este deviene no solo la potestad de suspender términos, sino también de reanudarlos, lo cual puede afectar los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de los investigados los cuales son de enorme importancia en el marco de los procedimientos administrativos sancionatorios, de tal manera que se torna procedente y necesario realizar el control inmediato de legalidad. [...] El control material involucra el análisis de proporcionalidad y conexidad con respecto a las normas superiores que directamente le sirven de fundamento al acto. [...] Las medidas adoptadas responden a la necesidad de continuar el trámite de las actuaciones administrativas sancionatorias pero sin descuidar el ejercicio de los derechos al debido proceso de los implicados, para

tal efecto, dada la complejidad de la digitalización de los archivos, dispuso los pasos a seguir y los protocolos de seguridad para la revisión de los expedientes, la radicación de documentos y la notificación y comunicación de los actos administrativos, buscando garantizar el acceso oportuno a la información en igualdad de oportunidades para todos los interesados, tanto por medios electrónicos, como de manera presencial. [...] [L]a Sala Especial de Decisión

núm. 9 concluye que la Resolución 6014 del 9 de julio de 2020, se ajusta a la legalidad debido a que: i) cumple con los requisitos formales y materiales del control inmediato de legalidad, ii) respeta los límites impuestos por las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad, y iii) se adecúa a la finalidad, necesidad y guarda proporcionalidad con las normas superiores que directamente le sirven de fundamento.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No 9, sentencia de 5 de octubre de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández.](#)

4. Declaran legalidad condicionada del artículo 1 de la Resolución No. 916 del 7 de abril de 2020 expedida por el Director General del Instituto Nacional de Vías INVIAS contenida en el párrafo de la misma disposición.

Síntesis del caso: “La Sala Once Especial de Decisión del Consejo de Estado en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las conferidas por los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), ejerce el control inmediato de legalidad sobre la Resolución No. 916 de 7 de abril de 2020 «Por la cual se establece como medida transitoria la suspensión de términos en las actuaciones administrativas que se adelantan en el Instituto Nacional de Vías – INVIAS y se adoptan otras medidas administrativas, por motivos de salud pública», proferida por el Director General del Instituto Nacional de Vías -INVIAS-”

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD RESOLUCIÓN 916 DE 2020 EXPEDIDA POR EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS / SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS – Orientada a no comprometer derecho al debido proceso / AMPLIACIÓN DE PLAZOS / PARÁGRAFO - Legalidad condicionada

Problema Jurídico: “[E]stablecer si la Resolución No. 640 del 1º de abril de 2020 dictada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se encuentra conforme, en sus aspectos formal y material, con las normas superiores que directamente le sirvieron de fundamento y con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.”

Tesis: “[L]a Sala entiende la decisión administrativa de suspensión de los términos, como una medida de cautela en ese preciso momento, cuyo objetivo fundamental se orientaba específicamente a no comprometer la garantía del debido proceso en trámites administrativos como el de expropiación administrativa, imposición de servidumbre o saneamiento automático, en los que el Estado, por mandato de la ley, cuenta con potestades especiales para privilegiar el interés público o social conforme lo establece el artículo 58 de la Constitución Política. Finalmente, en relación con el párrafo 1 del artículo 1 de la

Resolución No. 916 de 2020, en el que se indica que la suspensión de los términos no se aplicará (i) respecto de la atención de requerimientos por parte de las autoridades competentes, (ii) para las respuestas a las solicitudes en ejercicio del derecho de petición y (iii) en trámites que involucren la garantía de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que, en virtud de las circunstancias de fuerza mayor referidas al COVID-19, la entidad pueda solicitar mayor plazo al establecido legalmente para atender esos trámites, la Sala observa que esas excepciones superan el juicio de proporcionalidad por las siguientes razones: Primero, porque la decisión de continuar atendiendo los requerimientos de las autoridades competentes, incluidas las judiciales, es una manifestación de los principios de eficiencia y responsabilidad que orientan el desarrollo de la función administrativa (Ley 489 de 1998, art. 3), que no pueden soslayarse ni siquiera en el contexto de la pandemia actual por el COVID-19, y se enmarcan en la preva-

lencia del interés general (arts. 1 y 209 de la Constitución). Segundo, porque la imposibilidad de suspender la respuesta a las solicitudes presentadas en ejercicio del derecho de petición, es un imperativo consagrado en la legislación ordinaria (Ley 1755 de 2015), que tiene rango estatutario, lo que se refrendó en el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 2020 en el que se ampliaron temporalmente los términos de respuesta, lo que solo se aplica para las peticiones sin relevancia iusfundamental, medida que «se orienta a satisfacer un bien constitucional (buen funcionamiento del Estado) y si bien afecta el ejercicio de un derecho constitucional (de petición), lo hace en el ámbito de su regulación legal y reglamentaria y con el objetivo de permitir su más adecuada realización (...)». Tercero, porque la no aplicación de la suspensión de los términos en los trámites que involucren la garantía de los derechos fundamentales, guarda relación con el parágrafo 3 del artículo 6 del Decreto Legislativo 491 de 2020,

en el que se indica que esa medida no aplica a las actuaciones administrativas o jurisdiccionales relativas a la efectividad de derechos fundamentales. Ahora bien, en relación con la posibilidad de que en razón de las circunstancias de fuerza mayor la entidad pueda solicitar mayor plazo al establecido legalmente para atender esos trámites, la Sala condicionará su legalidad de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 2020, en el entendido de que esa posibilidad debe ser excepcional y se deberá informar esa circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término, expresando los motivos de la demora y señalando el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto. En esas condiciones, la Sala declarará la constitucionalidad y la legalidad del artículo 1 de la Resolución No. 916 de 2020, y condicionará el aparte final del parágrafo.”

[Consejo de Estado, Sala Once Especial de Decisión, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, sentencia del 20 de agosto de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01712-00\(CA\).](#)

Aclaración de voto del magistrado Hernando Sánchez Sánchez

Examen de legalidad – No debe establecer condicionamientos

Problema Jurídico: *¿Es la suspensión de términos jurisdiccionales una facultad ordinaria de la Super-salud o es el desarrollo de un decreto legislativo?*

Tesis: “Vistos los artículos 20 de la Ley 137 y 136 de la Ley 1437, el suscrito Magistrado interpreta la parte resolutive de la sentencia en el sentido que las medidas adoptadas por la Resolución objeto del presente control inmediato de legalidad, se

encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico, con el propósito de no generar una transposición con un medio de control o acción de constitucionalidad. (...) Asimismo, considero que, en el examen de legalidad que se realice sobre las medidas, se deben declarar o no ajustadas al ordenamiento, sin entrar a establecer condicionamientos en su parte resolutive.”

[Consejo de Estado, Sala Once Especial de Decisión, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, A.V. Hernando Sánchez Sánchez, sentencia del 20 de agosto de 2020, radicación: 11001-03-15-000-2020-01712-00\(CA\).](#)

SECCIÓN PRIMERA

1. El estudio de los criterios que definen si un bien es de interés cultural sólo es aplicable para resolver sobre su inclusión en el respectivo inventario.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda para obtener la nulidad de los actos expedidos por la Subdirección de Planeamiento Urbano del Departamento Administrativo de Planeación Distrital mediante los cuales se negó la exclusión y, en consecuencia, se restablezca los derechos de los demandantes, excluyendo el inmueble ubicado en la Carrera 5ª No. 74 A – 36, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 50C-1603848, como bien de interés Cultural, como quiera que de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, el inmueble no cumple con los requisitos necesarios para ser declarado como tal.*

BIENES DE INTERÉS CULTURAL – Declaración / BIENES DE INTERÉS CULTURAL – Exclusión / EXCLUSIÓN DE BIENES INTERÉS CULTURAL – Procedimiento administrativo / SOLICITUD DE EXCLUSIÓN DE BIENES INTERÉS CULTURAL – Fundamentos / INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE BIENES DE INTERÉS CULTURAL – Diferencias / SOLICITUD DE EXCLUSIÓN DE BIENES INTERÉS CULTURAL – No puede fundamentarse en cuestionamientos frente al acto de inclusión / ACTO DE INCLUSIÓN DE BIENES DE INTERÉS CULTURAL – Presunción de legalidad / EXCLUSIÓN DE BIENES INTERÉS CULTURAL – Debe darse por hechos sobrevinientes a su inclusión

Problema jurídico: *“[E]s cierto que el estudio de los criterios que definen si un bien es de interés cultural en el Distrito Capital sólo es aplicable para su inclusión en el respectivo inventario y no para resolver una petición de exclusión.”*

Tesis: “[D]e acuerdo con los artículos 311 y 312 del Decreto 190 de 2004, para la declaración de un bien como de interés cultural se requiere la configuración de uno de los criterios de calificación y que exista estudio específico que sustente lo anterior. La finalidad que se persigue con esta actuación administrativa es determinar que un bien construido pueda ser protegido dadas sus condiciones especiales y el significado que representa para el patrimonio cultural del Distrito. Así, si lo pretendido es cuestionar este tipo de decisiones, tendrá que acreditarse que, por ejemplo, no existe estudio que respalde la invocación que hiciera la Administración de cualquiera de los derroteros que prevé el mencionado artículo 312, o que no se indicó la condición que hacía que el inmueble quedara connotado como de interés cultural. Ahora, la actuación administrativa de exclusión de un BIC del respectivo inventario parte de una premisa incontrovertible, cual es la firmeza de la actuación que ha reconocido una categoría específica de un inmueble construido, y bajo ese entendido, lo que se persigue con aquel procedimiento es que el particular le demuestre a la Administración que el inmueble ya no posee las características que hicieron que mereciera ese tratamiento. Sin duda, se trata de una petición que puede elevar en cualquier momento, debido a que la pauta para su radicación depende de las modificaciones que sufra el bien y que en efecto ya no lo hagan pasible de protección de ninguna in-

dole. En tal escenario, si una vez presentada la petición de exclusión, ésta es resuelta desfavorablemente, lo viable para impugnarla es aducir y demostrar que las características que habían servido para incluir el inmueble como parte del inventario cultural del Distrito han desaparecido o variado, de modo que se haga evidente la necesidad de quitarle el amparo establecido con la declaración inicial. En esa línea, no estima viable la Sala que la solicitud de exclusión de un inmueble se funde en que para su inclusión no se tuvieron en cuenta todos los requerimientos que prevé el orden jurídico, pues en tal evento, lo que estaría discutiendo no es nada diferente a la declaratoria del predio como de interés cultural que supone, en todo caso, que los atributos de legalidad y ejecutoriedad le están dados. Admitir una conclusión distinta se traduciría en otorgarle a las decisiones administrativas que reconozcan bienes como parte de su patrimonio cultural una inestabilidad jurídica indefinida, habida cuenta de que, vía el trámite de exclusión, estarían a merced de ser impugnadas, ya sea por la vía administrativa o por la judicial, aspecto que no se compadece con el carácter teleológico y práctico de cada una de las actuaciones en mención y con la evidente necesidad de garantizar que permanezcan símbolos de identidad para los habitantes de una zona geográfica determinada. [...] [L]o que se advierte es que la controversia se fundó en una premisa errada, debido a que no es procedente utilizar un procedimiento administrativo como el de la exclusión de un BIC para discutir la legalidad de uno previo, y que adquirió firmeza, en el cual se haya adoptado la decisión de incluirlo en ese inventario, so pena de que esta Sala se pronuncie sobre la validez de un acto administrativo que no fue objeto de reproche en el asunto de la referencia,

como el contenido en el Decreto 215 de 2004. Para decirlo en otros términos, si el acto administrativo de inclusión se encuentra en firme y no es objeto de reproche sobre la validez que le ampara, parte entonces el demandante de admitir que se cumplen con los presupuestos de legalidad y veracidad del mismo; por lo que la pretensión de exclusión no puede edificarse cuestionando precisamente los presupuestos que ya ha reconocido, sino sobre hechos o motivos nuevos y sobrevinientes que desvirtúen los motivos ya reconocidos del acto de inclusión. En este punto, no es entonces el tribunal el que incurre

en contradicción, sino el demandante, pues edifica su argumentación reprochando los motivos del acto de inclusión, que ya ha reconocido como válidos, en vez de traer al proceso los hechos sobrevinientes que permitan excluir el bien de la declaratoria dada. Colofón de lo dicho es que no hay lugar a admitir la prosperidad del cargo así esgrimido, dada su inconsistencia con lo dispuesto en el orden jurídico en relación con los trámites de inclusión y exclusión de inmuebles en la categoría de interés cultural.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 6 de agosto de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 25000-23-24-000-2006-01010-01.](#)

2. Los concejos municipales están facultados para regular las cesiones obligatorias en la modalidad vial, como una herramienta de ordenamiento que se exige a los constructores o particulares para la autorización y la realización de la actuación urbanística.

Síntesis del caso : *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del artículo 98 y el parágrafo del artículo 99, del Acuerdo Municipal 0116 de 27 de diciembre de 2000, “Por medio del cual se adoptó el Plan de Ordenamiento Territorial de Ibagué”, al igual que contra el artículo 118 del Acuerdo 009 de 2002, “Por medio del cual se expedieron normas generales sobre usos, construcciones y urbanizaciones y se dictan otras disposiciones”, porque adujo el demandante, vulneran los artículos 58 y 59 de la Constitución Política; 2, 7 y 37 de la Ley 9 de 1989; y 2 y 7 de la Ley 388 de 1997, al ordenar una “expropiación sin indemnización”, ya que las cesiones para el sistema vial de la ciudad y del sector deben ser negociadas y pagadas por el municipio y no cedidas gratuitamente por el propietario del inmueble.*

COMPETENCIA DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES EN MATERIA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Concepto / REVISIÓN Y AJUSTE PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DEL MUNICIPIO DE IBAGUÉ - Cesión obligatoria en la modalidad vial / CESIONES URBANÍSTICAS / CESIONES AL ESPACIO PÚBLICO – Para la construcción del sistema vial / CESIONES OBLIGATORIAS EN LA MODALIDAD VIAL Y AFECTACIÓN DE INMUEBLES PARA LA CONSTRUCCIÓN VIAL – Diferencias / CESIÓN OBLIGATORIA – Límites / CESIÓN OBLIGATORIA – Obedecen a un proceso de urbanización / CESIÓN OBLIGATORIA – No comporta una expropiación sin indemnización

Problema jurídico: *“[D]eterminar si lo dispuesto en el artículo 98 y el parágrafo del artículo 99, del Acuerdo 0116 de 2000; y el artículo 118 del Acuerdo 009 de 2002, expedidos por el Concejo del Municipio de Ibagué, prevén o no una expropiación sin indemnización, en cuanto regulan las cesiones al espacio público para la construcción del sistema vial urbano en cualquier tipo de desarrollo y para el sistema vial sector.”*

Tesis: “Examinadas las figuras que confluyeron en el reproche de la parte actora (expropiación, afectación vial y cesiones gratuitas), se tiene que el Concejo Mu-

nicipal de Ibagué estaba facultado para expedir las normas cuestionadas en cuanto regulan la cesión obligatoria en la modalidad vial, como una herramienta de ordenamiento que se exige a los constructores o particulares para la autorización y la realización de la actuación urbanística. Lo anterior, porque esta figura, la de la cesión obligatoria, habilita a la administración para que reclame, en observancia del mandato legal superior, la generación de espacio público como aspecto fundamental y necesario en el equilibrio urbano que conlleva la realización de nuevas construcciones. Como quedó visto en el aparte pertinente del marco jurídico de las cesiones, estas no se limitan a un único

aspecto, sino que se complementan, según las necesidades de la zona, a que se realicen con destino a: i) vías, ii) equipamiento colectivo y iii) espacio público en general, en los términos del artículo 37 de la Ley 388. De allí que la obligación que se le impone a los propietarios y constructores en orden a generar espacio público, cuando solicitan autorización para los procesos de urbanización, respecto de ceder obligatoria y gratuita hasta el 7% del área bruta del predio, es una imposición que encuentra sustento en la norma superior en la que se funda, sin que pueda derivarse que tal entrega, a título gratuito, constituye una expropiación sin indemnización. Y no lo es porque quien impulsa el proceso de cesión obligatoria es el propietario o constructor interesado en urbanizar un terreno, es decir, que la obligación de cesión se cumple en la medida en que el interesado solicita mediante la correspondiente actuación administrativa la licencia de urbanización y con tal fin está llamado a gestionar las cesiones con fundamento en el área del proyecto y las necesidades que se exigen para un desarrollo propicio; y que deriva en la observancia de las normas de planeamiento, accesos viales requeridos, zonas de parques, zonas verdes y equipamiento que se hacen necesarios para garantizar un desarrollo ordenado en prevalencia del interés general, destinado a mejorar las condiciones de uso y disfrute de la comunidad. De esta manera, y al examinar los actos acusados, se evidencia que las cesiones a las que se opone el actor y que encontró probadas el Tribunal, no implican el despojo bajo gratuidad de una porción de un inmueble para un proyecto vial, en tanto que la razón de entregar esa cesión obedece a que el desarrollo a implementarse por el constructor amerita destinar espacios necesarios para hacer viable los desarrollos a implementarse, pues no de otra manera se garantiza un acceso vial para estas nuevas construcciones. Esta circunstancia no puede perderse de vista para explicar que el entendimiento que ha de conferírsele a los artículos 98 y 99 del Acuerdo 0116 de 2000, cuando aluden a las situaciones que allí se explican: i) “cuando un predio sea afectado por el sistema vial”, y ii) “las cesiones de los predios afectados por el sistema vial” y, en los mismos términos, el artículo 118 del Acuerdo 009 de 2002, “cuando un predio sea afectado por el sistema vial”, se encuentran en la órbita de las “cesiones obligatorias gratuitas”, en la medida en que se generan por los requerimientos de acceso que surgen con ocasión de nuevos desarrollos y construcciones que hace necesario verificar y garantizar espacio público para el tránsito de la comunidad, dependiendo del plan vial urbano, sectorial y local. De esta manera, el municipio solo puede requerir tales cesiones en la medida en que la construcción deba destinar espacio para garantizar la circulación de la comunidad, atendiendo el límite considerado con tal propósito,

pues es de su desarrollo del cual se deriva la necesidad de cumplir tales cesiones obligatorias. En esa medida, no puede entenderse que los artículos acusados contengan una afectación “disfrazada” por cuanto para hacer exigible esta figura, los predios que tienen un trazado vial previo, requieren que se adelante un proceso de afectación vial que es preexistente y que requiere la inscripción del acto administrativo que así lo ordena, en el registro en el certificado de tradición. La afectación de un inmueble impide que se soliciten licencias de construcción o urbanismo sobre el predio afectado, mientras que la cesión obligatoria gratuita se genera, precisamente, como requisito para obtener la correspondiente licencia de construcción o urbanismo. Así las cosas, las normas objeto de análisis no corresponden a un procedimiento de afectación de inmuebles para la construcción vial, según lo regulado por el artículo 37 de la Ley 388, pues no corresponden a los requisitos que deben observarse y, por lo mismo, estas disposiciones no tienen el alcance ni las consecuencias invocadas por el actor; y que fueron avaladas por el Tribunal en el fallo cuestionado para considerarlas nulas. [...] [L]a cesión gratuita, como herramienta del derecho urbanístico, tiene unas características que la identifican y que se relacionan con los siguientes elementos: i) es la entrega de un porcentaje delimitado del inmueble respecto del cual se realizará la actuación urbanística; ii) la cesión opera en favor del municipio a título gratuito, es decir que este no reconoce un precio por el traslado de la propiedad; iii) respecto del propietario o urbanizador del predio se genera una contraprestación no dineraria, que se relaciona con la autorización para desarrollar y urbanizar su bien y los beneficios que surgen para el ente territorial frente a la integración del inmueble al espacio público como desarrollo del sector; y iv) no hay cesión si el predio no es objeto de la acción urbanística. Bajo este entendido, no encuentra lógica, a la luz de las normas generales de carácter legal, que la cesión obligatoria comporte una expropiación sin indemnización, habida cuenta que esta herramienta representa una de las formas de generar desarrollo urbanístico a través de la incorporación de inmuebles al espacio público con la finalidad de dotar de infraestructura a la comunidad en sus diferentes modalidades, bajo la observancia del postulado superior que establece que la propiedad conlleva función social y por lo mismo implica obligaciones para sus titulares. [...] [L]as cesiones obligatorias no pueden restringirse a los límites que prescribe su destinación, pues si bien a ellas están atadas a las posibilidades descritas en la norma, todas giran en torno a un “proceso de urbanización”, en cuanto es el elemento que activa esta herramienta, determinado y orientado al beneficio autorizado con ocasión de dicho desarrollo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 12 de marzo de 2020, C. P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 73001-23-31-000-2009-00333-01.](#)

3. Falta de competencia de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado, E.I.C.E., para modificar los estatutos orgánicos de la entidad.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, contra la resolución 1 del 4 de octubre de 2010, “[...] Por medio de la cual se modifica el Decreto 177 de 2002 que contiene los Estatutos de Metroparques [...]”, expedida por el Presidente y Secretaria de la Junta Directiva de Metroparques, con fundamento en que la demandada expidió el acto realizando una interpretación incorrecta de sus atribuciones legales y estatutarias establecidas en el literal d) del artículo 12 del Decreto núm. 177 de 20 de febrero de 2002. Además, porque el Alcalde de Medellín era el único que tenía la facultad de expedir y modificar el Decreto núm. 177 de 20 de febrero de 2002, previa autorización por parte del Concejo Municipal.*

EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Creación / ACTOS DE CREACIÓN DE LOS ORGANISMOS O ENTIDADES ADMINISTRATIVAS – Contenido / JUNTAS DIRECTIVAS DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO – Funciones / JUNTA DIRECTIVA DE METROPARQUES – Le corresponde proponer al alcalde municipal las modificaciones a la estructura orgánica / FALTA DE COMPETENCIA DE LA JUNTA DIRECTIVA DE METROPARQUES – Para aprobar modificaciones a la estructura orgánica / ESTATUTOS DE METROPARQUES EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO – Nulidad del literal a del artículo 12 de la Resolución 001 de 2010

Problema jurídico: “[D]eterminar si: Es procedente o no declarar la nulidad del literal a) del artículo 12 de la Resolución núm. 1 de 4 de octubre de 2010, “[...] Por medio de la cual se modifica el Decreto 177 de 2002 que contiene los Estatutos de Metroparques [...]”, por haber sido expedido el acto acusado con falta de competencia.”

Tesis: “La Sala considera que, respecto a las modificaciones a la estructura orgánica de la entidad, por un lado, el literal b) del artículo 90 de la Ley 489 y el literal a) del artículo 12 del Decreto 177 de 20 de febrero 2002, establecen que la Junta Directiva podrá proponer al Gobierno Nacional o al Alcalde Municipal, según el caso, dicha modificación; y, por el otro, el apartado declarado nulo, dispone que es función de la Junta Directiva aprobar las modificaciones a la estructura orgánica. La Sala considera que el apartado declarado nulo otorga competencias distintas de las establecidas por la ley y el acto de creación de Metroparques, toda vez que dispone que la Junta Directiva es la facultada para aprobar las modificaciones a la estructura orgánica, cuando

los artículos 90 de la Ley 489 y 12 del Decreto 177 de 2002, restringen las facultades de la Junta Directiva en materia de modificaciones a la estructura orgánica, señalando que solo puede proponerlas, en este caso, al Alcalde Municipal. Razón por la cual, la Sala concluye que el literal a) del artículo 12 de la Resolución núm. 1 de 4 de octubre de 2010 es contrario al literal b) del artículo 90 de la Ley 489 y al literal a) del artículo 12 del Decreto 177 de 20 de febrero 2002. Respecto a la afirmación de la parte demandada según la cual no se extralimitó en sus funciones, sino que ejerció la facultad que tienen las juntas directivas de definir aspectos internos de la estructura orgánica de la entidad, la Sala considera, por una parte, que la competencia que se otorgó la parte demandada, contraría a las establecidas por el Alcalde en el acto de creación y a las establecidas por la Ley 489; y por la otra, que en nada se relaciona con la función que el literal d) del artículo 12 del Decreto 177 de 20 de febrero 2002 le confiere a las Juntas Directivas para “[...] [a]doptar los estatutos internos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de septiembre de 2020, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 05001-23-31-000-2011-00299-01.](#)

4. A los encuentros ciudadanos pueden concurrir no solo los residentes en la localidad sino todas aquellas personas que desarrollan actividades habituales en el área.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad de las expresiones “sin discriminación alguna, los residentes en el sector” contenida en el artículo 12 y “Los ciudadanos deberán presentar cédula de ciudadanía y recibo de algún servicio público u otro documento que lo acredite como habitante de la zona o como miembro de un sector actuante dentro de la zona correspondiente” contenida en el artículo 14, del Acuerdo 13 de 2000 del Concejo de Bogotá “Por el cual se reglamenta la participación ciudadana en la elaboración, aprobación, ejecución, seguimiento, evaluación y control del Plan de Desarrollo Económico y Social para las diferentes Localidades que conforman el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones”.*

CONCEJO DE BOGOTÁ D.C. – Reglamentación de la participación ciudadana en la elaboración, aprobación, ejecución, seguimiento, evaluación y control del Plan de Desarrollo Económico y Social para las diferentes localidades / PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS PLANES DE DESARROLLO / PLANES DE DESARROLLO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Contenido / PLANES DE DESARROLLO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Aprobación / AUTORIDADES E INSTANCIAS REGIONALES DE PLANEACIÓN / DIVISIÓN DEL TERRITORIO DISTRICTAL – En localidades / FUNCIÓN DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES - Distribuir partidas globales asignadas en el presupuesto municipal con sujeción a los planes de desarrollo del municipio / PLANES DE DESARROLLO LOCAL – Encuentros ciudadanos / ENCUENTROS CIUDADANOS – A ellos pueden concurrir no solo los residentes en la localidad sino todas aquellas personas que desarrollan actividades habituales en el área / DERECHO A LA IGUALDAD – Alcance / DERECHO DE PARTICIPACIÓN – Se desconoce al establecer que a los encuentros ciudadanos pueden asistir solo los residentes del sector / PRINCIPIO DEMOCRÁTICO – Limitación

Problema jurídico: *“[E]stablecer si es parcialmente nulo el Acuerdo 13 de 2000 expedido por el Concejo de Bogotá D.C., por consagrar las expresiones “sin discriminación alguna, los residentes en el sector” contenida en el artículo 12 del acuerdo 13 de 2000, por vulnerar los derechos a la igualdad y participación consagrados en la Constitución Política.”*

Tesis: “[E]n el artículo 12 del acuerdo [013 de 2000], se dispuso que los “Encuentros Ciudadanos” son una oportunidad para que la comunidad, en dialogo con las autoridades y la instancia de planeación local, defina los planes y programas de interés público en su respectivo sector, para ser tenidos en cuenta en la elaboración del plan de desarrollo local. Fue entonces, como, en esa misma disposición, el Concejo Distrital decidió establecer que a dichos encuentros ciudadanos pueden concurrir sin discriminación alguna, solamente los residentes del sector en que se realicen, para que las propuestas realizadas por ellos se recojan para su estudio y evaluación. Sobre el particular, la Sala pone de presente que los temas de análisis de los encuentros ciudadanos se circunscriben a aspectos de interés de la

localidad donde se desarrollan. En efecto, se trata escenarios en los cuales se realizan propuestas para la adopción de los planes de desarrollo local que afectan esencialmente a los habitantes de cada localidad y a quienes realizan actividades permanentes o transitorias en la misma área, por lo que son los principalmente convocados para hacer sus aportes en las decisiones que afecten a los habitantes de la localidad, tal y como lo puso de presente la entidad demandada. Nótese, entonces, como cuando en el artículo 12 del Acuerdo 013 de 2000 se dispuso que en los encuentros ciudadanos se permitirá la intervención y participación “sin discriminación alguna, los residentes en el sector”, se limitó sin razón alguna la participación de a aquellas personas que no viven y tampoco residen en la localidad. Bien lo consideró el juez de instancia, cuando concluyó que tal expresión desconoce el principio de participación de aquellas personas que, no siendo residentes de la localidad, desarrollan actividades habituales en esta área y que, por ello, tendrían un interés específico en las decisiones que se tomen

en los llamados encuentros ciudadanos. No olvidemos que en este tipo de encuentros lo que se discute son las necesidades de la comunidad del sector en el cual desarrollan sus actividades, personas que conocen los requerimientos de las localidades y son los llamados a proponer soluciones viables respecto de las mismas. Igualmente, en los encuentros ciudadanos se analizan temas que interesan a la sociedad en general y que incluso, pueden involucrar derechos e intereses colectivos, razón por la que la participación en los mismos no puede limitarse a los residentes de un sector específico, debido a que existen muchas otras personas que, aunque no residen en la zona desarrollan actividades cotidianas de manera permanente o transitoria en la localidad. En este sentido, la Sala comparte lo sostenido por el a quo en cuanto a que la expresión “sin discriminación alguna, los residentes en el sector” contenida en el inciso final del artículo 12 del Acuerdo número 13 de 2000, sí implica un desconocimiento al derecho de participación respecto de las personas que, aunque no vivan en una localidad específica sí desarrollan algún tipo de actividad habitual dentro de la

misma. Para la Sala resulta evidente la relevancia de la participación de las personas que no residen en la localidad y que tengan una vinculación con la misma, en tanto que la finalidad de los encuentros ciudadanos no es otra que la discusión de las propuestas de desarrollo para la definición de los planes y programas de interés público en su respectivo sector. Por lo anterior, no cabe duda que dicha limitación genera un limitación al principio democrático en el cual se funda nuestro Estado Social de Derecho, atinente a la participación efectiva de quienes serían destinatarios de las decisiones locales, produciendo un efecto negativo en su modo de relacionarse con el territorio en el cual desarrollan su actividad, en tanto únicamente se permitiría la intervención de las personas que residen en la misma, razón por la cual la Sala confirmará la decisión de retirar del ordenamiento la expresión “sin discriminación alguna” contenida en el artículo 12 del Acuerdo 013 de 2000 del Concejo de Bogotá, tal y como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de este proveído.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 13 de agosto de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-24-000-2012-00358-01.](#)

5. Las autoridades municipales y distritales al revisar los planes de ordenamiento territorial no pueden ajustar o modificar los contenidos estructurales de largo plazo, sin que hayan vencido.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del acuerdo municipal N 200.02.009, del 7 de septiembre de 2009, proferido por el Concejo Municipal De Arauca, sancionado por el Alcalde de Arauca, periodo 2008, “por medio del cual se adopta la revisión y ajuste del Plan Básico de Ordenamiento Territorial de Arauca y se deroga el Acuerdo 026 de 2000”, pues transgrede los artículos 28 de la Ley 388 de 1997 y 5º del Decreto 932 de 2002.*

ASUNTOS TERRITORIALES – Plan de ordenamiento / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Vigencia mínima de tres períodos constitucionales / REVISIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Exigencias mínimas / REVISIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Eventos de procedencia / REVISIÓN DE LOS CONTENIDOS ESTRUCTURALES DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL - Por vencimiento / PLAZOS DE VIGENCIA DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Incumplimiento / REVISIÓN Y AJUSTE DE LOS PLANES DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Oportunidad / MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS ESTRUCTURALES DE LARGO PLAZO DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – No era procedente porque no habían fenecido

Problema jurídico: “[D]eterminar si con la expedición del Acuerdo 200.02.009 de 7 de septiembre de 2009 “por medio del cual se adopta la revisión y ajuste del Plan Básico de Ordenamiento Territorial de Arauca y se deroga el Acuerdo 026 de 2000”, se derogaron los contenidos de largo plazo del Acuerdo 026 de 2000, sin esperar a que hubiesen fenecido, conforme lo dispone el artículo 28 de la Ley 388 de 1997, o si, como lo aduce la entidad demandada, ello era procedente.”

Tesis: “[L]a Sala encuentra necesario poner de relieve, [...] que las normas sobre revisión y ajuste de los planes de ordenamiento territorial establecen que la modificación de los contenidos de estos instrumentos procede, i) de manera general, al vencimiento de la vigencia del contenido a revisar; ii) de manera excepcional, en cualquier tiempo, por razones de interés público, o de fuerza mayor o caso fortuito; y, iii) cuando se demuestren y soporten técnicamente los motivos para acceder a ello. [...] En el sub lite y de la revisión del acto acusado, la Sala encuentra que, el concejo municipal de la entidad territorial demandada invocando el artículo 28 de la Ley 388 de 1997, y concretamente la facultad ordinaria de revisión modificó el contenido estructural del instrumento de planeación territorial sin tener en cuenta el vencimiento de la vigencia de los mismos. [...] Como se observa, si bien es cierto que el ente territorial mencionó que el ajuste del PBOT es una revisión de carácter ordinario, también lo que de la lectura del mismo se advierte que el Concejo municipal de Arauca cambió los “objetivos, estrategias y políticas de largo plazo”, comprendidos desde los artículos 4 a 7; la “jurisdicción territorial y clasificación del territorio municipal” (artículos 8 a 18); así como los “sistemas estructurantes del territorio municipal”, dentro de los que vale destacar la conformación de los sistemas estructurantes urbanos (artículo 19), el patrimonio cultural (artículo 20), el sistema vial urbano (artículo 21), el de espacio público y el de servicios públicos (artículos 22 y 23), entre otros; así también, desarrolló en el artículo 27 las “áreas de amenazas y riesgos”; en el artículo 29 “clasificación de las cuencas hidrográficas”; y en el artículo 30 los “sistemas de áreas de protección”. Tal variación de los contenidos establecidos en el Acuerdo 026 de

2000, implicó el ajuste de componentes de naturaleza estructural, generales y de largo plazo del instrumento de planeación, desconociendo con ello el procedimiento y la oportunidad establecido en el ordenamiento jurídico, para hacerlo a través del mecanismo ordinario o por vencimiento de contenidos. En relación con la naturaleza de los temas objeto de cambió por parte del ente territorial, resultan ilustrativos los artículos 12 y 16 de la Ley 388 de 1997, que abordan el contenido del componente general del Plan de Ordenamiento Territorial y, el segundo, específicamente, el contenido de las Planes Básicos de Ordenamiento, [...] Nótese, entonces, que el Concejo municipal de Arauca desconoció la prohibición establecida en el artículo 28 de la Ley 388 de 1997, por lo que en el Acuerdo 200.02.009 de 2009 no podía válidamente abordar los contenidos aludidos, referidos a “objetivos, estrategias y políticas de largo y mediano plazo”; la “jurisdicción territorial y clasificación del territorio municipal”; así como los “sistemas estructurantes del territorio municipal”, dentro de los que vale destacar la conformación de los sistemas estructurantes urbanos, el patrimonio cultural, el sistema vial urbano, el de espacio público y el de servicios públicos; las “áreas de amenazas y riesgos”; “la clasificación de las cuencas hidrográficas”; y los “sistemas de áreas de protección”, en la medida en que formaban parte del componente general o de largo plazo establecidos en el Acuerdo 026 de 2000, cuyo vencimiento se produciría, conforme al artículo 3 del Acuerdo 200.02.009 de 2009, de la siguiente manera: [...] Así pues, solo a partir del año 2012 podía el Concejo municipal de Arauca emprender la revisión por pérdida de vigencia de los contenidos de largo plazo plasmados en el Acuerdo 026 de 2000, y no en el año 2009, cuando procedió a expedir el acto demandado, sin esperar a que hubiese fenecido dicho término. [...] En este contexto, y como bien lo sostuvo el a quo, la Sala encuentra que con el acto demandado se desconoce el término de vigencia mínima de los contenidos de largo plazo establecidos en el Acuerdo 026 de 2000, contraviniendo así el artículo 28 de la mencionada Ley 388 de 1997, pese a que dicho precepto es invocado en los motivos del acto administrativo como fundamento del ejercicio de revisión y ajuste, como consta en los considerandos del acto, arriba transcritos.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de septiembre de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 81001-23-31-000-2012-00079-01.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. Se declaró la nulidad de la sanción de destitución e inhabilidad general, impuesta por la Procuraduría General de la Nación a la exdirectora del Departamento Jurídico y de Contratación del departamento de Quindío, por haberse expedido los actos con violación del debido proceso y falsa motivación.

Síntesis del caso: *En el año 2007, el departamento del Quindío celebró un contrato de investigación y adaptación tecnológica, cuyo objeto fue la investigación piloto para la adaptación de un sistema de transporte por cable en el municipio de Buenavista. La demandante se desempeñaba como directora del Departamento Jurídico y de Contratación, razón por la cual el ente de control consideró que esta funcionaria participó en la etapa precontractual con desconocimiento de los principios de la contratación, toda vez que se demostraron varias irregularidades. La disciplinada solicitó la práctica de prueba grafológica determinante para establecer su responsabilidad, sin embargo, el ente de control negó su realización y sancionó disciplinariamente.*

DERECHO DISCIPLINARIO / DEBIDO PROCESO / DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PRACTICA PRUEBA

Problema jurídico 1: *¿En el trámite de la actuación disciplinaria presentaron irregularidades que afectaron el derecho al debido proceso?*

Tesis 1: “Se viola el debido proceso cuando injustificadamente no se practican las pruebas solicitadas, aun cuando la petición tiene lugar después de profe-

rida la decisión de primera o única instancia. La autoridad disciplinaria estará siempre obligada a practicar las pruebas que resulten determinantes para establecer o desvirtuar la responsabilidad del investigado. Ello hace parte del principio de imparcialidad en la búsqueda de la prueba [...]”

LA FALSA MOTIVACIÓN COMO CAUSAL DE ANULABILIDAD DE LAS DECISIONES DISCIPLINARIAS

Problema jurídico 2: *¿Los actos administrativos disciplinarios mediante los cuales se sancionó a la demandante fueron expedidos con falsa motivación?*

Tesis 2: “[L]a causal de falsa motivación está relacionada, entre otras, con la ausencia de la conducta. En esa hipótesis, no habría un desvalor de comportamiento para atribuirle al investigado, por lo cual sería improcedente efectuar una adecuación típica, el

análisis de la ilicitud sustancial y el juicio de reproche para acreditar la culpabilidad. Esto depende de la adecuada valoración probatoria, tanto de los elementos de prueba obrantes en el proceso disciplinario como aquellos otros recaudados en la actuación judicial, todo ello conforme al control judicial integral del que son susceptibles los actos administrativos disciplinario [...]”

EL COSTO DE OPORTUNIDAD COMO PERJUICIO INDEMNIZABLE CAUSADO POR UNA DECISIÓN DISCIPLINARIA

Problema jurídico 3: *¿Está demostrado el perjuicio en la forma en como fue expuesto en la demanda por el costo de oportunidad que se generó ante la imposibilidad para la demandante de ocupar un empleo público, en virtud de la sanción de destitución e inhabilidad general de catorce años que le fue impuesta en el proceso disciplinario adelantado en su contra?*

Tesis 3: “En el proceso no se demostró el perjuicio

en la forma como fue alegado por la demandante. No obstante, la sanción de la inhabilidad general sí restringió las probabilidades de la demandante para que volviera a ocupar un cargo público, razón por la cual es procedente reconocer este perjuicio. La probabilidad máxima, la probabilidad media y la probabilidad mínima de ocupar nuevamente un cargo público son parámetros razonables para tasar este tipo de perjuicios [...]”

DIFERENCIAS ENTRE LOS PERJUICIOS MORALES, A LA SALUD Y LA VIDA DE RELACIÓN

Problema jurídico 4: *¿Está demostrado el perjuicio denominado como «gran impacto emocional y afectación psicológica, de la salud, y de su vida de relación», en virtud de la sanción de destitución e inhabilidad general de catorce años que le fue impuesta a la demandante, para que con ello se deba reconocer una suma equivalente a los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes?*

Tesis 4: "Existen tres tipos de perjuicios inmateriales: el daño moral, el daño a la salud y el relacionado con la vida de relación. Sin embargo, entre

ellos existen diferencias, lo que hace que en el respectivo caso se deba demostrar debidamente cada uno de ellos. Por ejemplo, el daño a la salud debe estar acreditado con una prueba idónea que indique el grado de lesión para que sea procedente su reconocimiento, mientras que, en lo que tiene que ver con el daño a la relación de vida, no cualquier situación puede considerarse tal, porque muchas de esas afectaciones estarían cobijadas por el daño moral. En el proceso se demostraron los perjuicios morales únicamente, cuyo reconocimiento debe fijarse en la suma de cincuenta (50) SMLV, cifra máxima posible cuando se trate de la imposición de una sanción disciplinaria."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 27 de agosto de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2012-00343-00\(1341-12\).](#)

2. Se niega la nulidad del acto que sancionó con destitución e inhabilidad por 10 años a miembro del Ejército Nacional por no acatamiento de órdenes de operación militar, que ocasionó la muerte de compañeros de armas.

Síntesis del caso: *Se sancionó con destitución del cargo e inhabilidad general por 10 años, a un miembro del Ejército Nacional, Sargento Viceprimero Infantería, por incurrir en el delito de desobediencia al desconocer las órdenes de operación militar que le indicaban que debía movilizar las tropas a su cargo en un horario determinado y alejados de carreteras y trochas, que derivó en un ataque guerrillero en donde murieron varios de sus compañeros de armas. Contra la decisión anterior interpuso recurso de apelación que fue resuelto confirmando la decisión anterior.*

ERROR DE FECHA EN EL FALLO DISCIPLINARIO PRIMERA INSTANCIA - No genera la nulidad de la decisión disciplinaria, siempre y cuando se garantice los principios del debido proceso, publicidad y contradicción

Problema jurídico 1: *¿Se genera la nulidad de la decisión disciplinaria cuando el fallo de primera instancia contiene un error en la fecha de su expedición?*

Tesis 1: "El fallador disciplinario de primera instancia incurrió en un error al señalar el año en el cual fue expedido su fallo –la fecha correcta fue el 25 de mayo de **2010**–, por cuanto: **i)** no resulta lógico que el fallo disciplinario de primera instancia, sea anterior a los autos pliego de cargos, de traslado de pruebas y de traslado a alegatos, dado que estas actuaciones de acuerdo con el orden cronológico de etapas procesales dispuestas por la ley disciplinaria –las cuales fueron descritas en acápite anterior de esta providencia–, son instrumentales y permiten

mediante un orden consecutivo, al operador disciplinario obtener los elementos fácticos y jurídicos para proferir una decisión definitiva, y **ii)** el fallador disciplinario de segunda instancia expresamente puso de presente el error existente en la fecha del fallo de primera instancia. (...) el error en la fecha del fallo disciplinario de primera instancia para efecto de la prosperidad del cargo de nulidad, exige la comprobación de la afectación a las garantías fundamentales de publicidad y contradicción, en otros términos, es necesario que se acredite en el expediente que tal irregularidad impidió al afectado conocer e identificar la providencia en cuestión y como consecuencia la posibilidad de ejercer los medios de impugnación que contra ella eran procedentes. De acuerdo

con las piezas procesales que obran en el expediente se observa que, el disciplinado *-ahora demandante-*, a pesar de la irregularidad antes anotada, identificó y conoció plenamente el fallo disciplinario de primera instancia al punto que se notificó legalmente del mismo y presentó contra este un recurso de apelación mediante escrito de 22 de junio de 2010, el cual dio lugar al fallo disciplinario que confirmó la sanción *-también ahora deman-*

dado-. En ese orden operador disciplinario de segunda instancia, contrario a lo manifestado por el demandante *-ahora apelante-* no incurrió en irregularidad alguna, pues lo único que hizo fue poner de presente la imprecisión cometida por el a quo disciplinario y corregirla en la providencia de segunda instancia, y esto de manera alguna puede considerarse como una falsa motivación, una falsedad o una situación que pudiera afectar la ejecutoria de la sanción disciplinaria.”

PROVIDENCIAS DE AUTORIDADES CON COMPETENCIA SANCIONATORIA –PENAL O FISCAL -BASADAS EN LOS MISMOS HECHOS Y PRUEBAS DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA- No pueden ser desestimadas de plano por el juez contencioso por ser posteriores al acto disciplinario acusado / SANCIÓN DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD DE MIEMBRO DEL EJÉRCITO / NO CUMPLIMIENTO DE ÓRDENES DE OPERACIÓN MILITAR / DELITO DESOBEDIENCIA

Problema jurídico 2: *¿Puede desestimar el juez contencioso de plano, las providencias proferidas por autoridades con competencia sancionatoria-penal o fiscal, proferidas por los mismo hechos y pruebas de la investigación disciplinaria, por ser posteriores al acto administrativo acusado?*

Tesis 2: “Si bien es cierto, una misma conducta puede dar lugar a diversas investigaciones de índole sancionatorio -fiscal, penal, contravencional, disciplinario, correccional, fiscal y de punición por indignidad política-, las cuales pueden valerse de las mismas normas obligacionales y pruebas, no es posible trasladar automáticamente la interpretación normativa ni la valoración probatoria, en atención a que la diferencia de objeto de una y otra disciplina sancionatoria hace que el respectivo operador -penal, disciplinario o fiscal- tenga como fin la prueba de aspectos de la infracción penal, disciplinaria o fiscal que en el caso concreto son diferentes. En ese orden de ideas, el juez contencioso administrativo, antes de proceder a avalar la interpretación normativa y la valoración probatoria realizada por operadores judiciales –por ejemplo, la de los jueces penales- y operadores administrativos –por ejemplo, la de las Contralorías-, debe realizar un análisis material de la misma desde un escenario general de los principios del derecho disciplinario y desde un escenario particular referido a la imputación típica del caso disciplinario. (...) De conformidad con lo decantado en el acápite previo de esta providencia, cuando se invoque como argumento de nulidad una interpretación posterior que

sobre los mismos hechos y pruebas de la investigación disciplinaria haya realizado otra autoridad en ejercicio de sus competencias de ius puniendi –verbi gracia, autoridad penal o fiscal- debe entenderse que aquella –la interpretación posterior de la otra autoridad- no se invoca como precedente sino como un sustento del cargo de indebida valoración probatoria del operador disciplinario, y en tal caso el juez contencioso debe proceder a analizar el asunto de fondo para establecer, primero si tal decisión es desde el punto de vista de la imputación fáctica y jurídica comparable con la disciplinaria, y luego, si en tal caso tendría la entidad suficiente para deslegitimar la vocación de legalidad y acierto de los argumentos del fallador disciplinario. (...) se observa que, las imputaciones fácticas y jurídicas -así como la razones en que se fundan las decisiones Disciplinaria y Penal Militar no son totalmente comparables, pues mientras que en la primera se analizan tres (3) imputaciones jurídicas, en la segunda únicamente se examina una de ellas, situación que conlleva a que la decisión Penal Militar en comento por sí sola no pueda tener en el presente caso la entidad suficiente para derrumbar la presunción de legalidad y acierto de los fallos disciplinarios, pues en todo caso en estos subsistirían por lo menos dos (2) imputaciones que no fueron analizadas por la Justicia Penal Militar, las cuales por si solas dan lugar al correctivo disciplinario de destitución e inhabilidad de 10 años que le fue impuesto al demandante *-por tratarse de faltas gravísimas imputadas a título de dolo-*.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 26 de junio de 2020, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 81001-23-39-000-2016-00135-00 \(5803-18\).](#)

3. Se declaró la nulidad del acto de nombramiento del gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta del Departamento del Tolima.

Síntesis del caso: *La Junta Directiva del Hospital Federico Lleras Acosta, realizó convocatoria pública para proveer el cargo del gerente de la entidad. Dentro de los documentos solicitados a los participantes se encontraba la constancia de la experiencia profesional con la relación de las funciones y la tarjeta profesional. El 7 de noviembre fueron publicados los resultados preliminares, lo que originó que el Señor Oscar Salazar Duque, presentará reclamación de su calificación a la Universidad de Antioquia, entidad que adelantó el proceso de selección, pues la experiencia laboral acreditada no se había valorado en su integridad. Argumentó, igualmente, que se le había calificado con mucha rigurosidad, mientras que a José Raúl Reyes Cuellar se le tuvieron en cuenta certificaciones laborales sin relación de funciones y se le calificó como educación continua o no formal, una especialización no terminada, con desconocimiento de la ley y de los requisitos consagrados en la convocatoria del concurso. Como consecuencia de la reclamación el puntaje de su calificación subió solo dos puntos. El 20 de noviembre de 2013, se publicaron los resultados finales del concurso, que arrojó un empate entre los señores Salazar y Reyes. Por decisión del juez de tutela se ordenó a la Universidad de Antioquia revisar con mayor rigurosidad las certificaciones laborales, pues, se había omitido la valoración de la experiencia laboral en la Clínica Claudia Daniela de Valledupar, que se encontraba acreditada. La Universidad no atendió lo ordenado en la decisión judicial, razón por la cual se mantuvo el empate entre los dos participantes del concurso, que luego fue dirimido en favor de quien fue designado Gerente de la ESE perjudicando a quien supuestamente había ocupado el segundo lugar en el concurso, por lo que interpuso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Mediante Decreto 308 de 2013, expedido por la Gobernadora del Tolima, se nombró en el cargo de gerente del Hospital Federico Lleras Acosta al señor José Raúl Reyes Acosta.*

CONCURSO DE MÉRITOS PARA NOMBRAMIENTO DE GERENTE DE LA ESE HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA / CERTIFICACIONES LABORALES – Deben contener la relación de las funciones desempeñadas

Problema jurídico 1: *¿Es posible dar por acreditada la experiencia laboral de un participante en el concurso de méritos para el nombramiento del gerente del Hospital Federico Lleras Acosta, contenida en una certificación laboral sin relación de funciones?*

Tesis 1: “Resulta claro para la Sala que para la designación del cargo de Gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta, la Junta Directiva del mismo acatando el imperativo legal del artículo 12 del Decreto 785 de 2005 y del artículo 4° de la Resolución 165 de 2008, en la convocatoria exigió de manera categórica que la experiencia profesional de cuatro años o sea 48 meses en el sector salud, debía acreditarse con las respectivas certificaciones laborales que debían contener como mínimo la relación de funciones desempeñadas. Por tanto, de plano queda descartado el inconformismo de la apelación según el cual, el fallador de primera instancia incurrió en exceso de ritual manifiesto, como quiera que no se trató de una exigencia caprichosa sino de una exigencia legal a la cual estaban sometidos los interesados en participar en el proceso concursal para la selección del Gerente de la ESE, quienes tenían

conocimiento que debían aportar las certificaciones laborales con la respectiva relación de las funciones desempeñadas, al punto de que la misma convocatoria advirtió: *Toda certificación que no contenga la información solicitada, no se tendrá en cuenta dentro del concurso(...)* Ahora respecto del argumento del apelante según el cual, estas certificaciones laborales sí tienen valor probatorio y no requieren de la relación de las funciones desempeñadas, por cuanto tales funciones están consagradas en la ley para el caso de los cargos desempeñados por José Raúl Reyes Cuellar como Director Local de Salud, como Secretario de Salud y Proyectos Sociales y como Interventor de los Recursos del Régimen, es un argumento que desde ningún punto de vista puede ser acogido. Lo anterior, por cuanto desconoce el apelante que las certificaciones laborales al tener acreditadas las funciones desempeñadas en determinados cargos, deben estar previamente co-tejadas con el Manual de Funciones y Competencias laborales del respectivo cargo, avaladas por el Jefe de Talento Humano de la respectiva entidad, de acuerdo con el artículo 28 del Decreto 2772 de agosto 10 de 2005.”

CONCURSO DE MÉRITOS PARA NOMBRAMIENTO DE GERENTE DE LA ESE HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA / EXIGENCIA DE LA TARJETA PROFESIONAL A LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS AGROPECUARIAS- Procedencia

Problema jurídico 2: *¿Es procedente la exigencia de la tarjeta profesional de quienes tenían la calidad de Administradores de Empresas Agropecuarias y participaron en el concurso de méritos, para el nombramiento en el cargo de gerente del Hospital Federico Lleras Acosta?*

Tesis 2: “La interpretación de esta disposición legal [artículo 7 de la Ley 389 de 1997] dada por el apelante es sesgada, por cuanto es lógico que la exigencia de la tarjeta profesional es para desempeñar la profesión de Administración de Empresas Agropecuarias y no para ocupar el cargo de Gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta, pero lo que tampoco se puede desconocer es que el desempeño de dicho cargo lo haría en este caso José Raúl Reyes, como Administrador de Empresas Agropecuario y no con otra profesión. Así mismo, si

bien es cierto en el cargo de Gerente del Hospital, desempeñaría entre otras funciones laborales las de dirección, planeación, evaluación y control en la administración de los recursos de la entidad a la luz del Sistema de Seguridad Social en Salud, con mayor razón al tener el señor Reyes Cuellar un título profesional en área distinta a la de la salud, como lo es la de Administración de Empresas Agropecuarias, le era exigible aportar su tarjeta profesional dada la innegable responsabilidad social que dicho cargo tiene. (...) la convocatoria para el concurso de méritos exigió como documento que debería aportar al momento de la inscripción el candidato a ocupar el cargo de Gerente de la ESE, la tarjeta profesional en el caso del aspirante que tuviera título profesional en área distinta de la salud, tal y como acontece en el caso de José Raúl Reyes Cuellar.”

CONCURSO DE MÉRITOS PARA NOMBRAMIENTO DE GERENTE DE LA ESE HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA / CURSO DE ESPECIALIZACIÓN - No corresponde al criterio de educación continua o no formal

Problema jurídico 3: *¿Un curso de especialización corresponde al criterio de educación continuada o no formal consagrado en la Ley 115 de 1994?*

Tesis 3: “Resulta evidente que la Universidad de Antioquia no tuvo ningún reparo en reconocer los dos semestres cursados de la Especialización en Auditoría y Garantía de Calidad en Salud, como si fueran estudios de educación continua, cuando lo cierto es que no se pueden equiparar desde ningún punto de vista, dadas las características y propósitos que persigue cada modalidad de formación académica, en los términos de la Ley 115 de 1994 en precedencia señalados. (..) encuentra esta Sala

que en efecto la Universidad al otorgarle 0.5 puntos dentro de la educación no formal, a la terminación de materias de la especialización de Auditoría y Garantías de la Calidad de Salud, cambió las reglas de juego de la convocatoria, por cuanto varió los parámetros de medición señalados en el Instrumento de Valoración-Calificación diseñado por la misma Universidad, ya que los estudios de la mencionada especialización no convalidaban o no se podían tener en cuenta como estudio de educación continua o no formal, dadas las diferencias existentes entre unos y otros.”

NOMBRAMIENTO DE PERSONA NO IDÓNEA COMO GERENTE DE LA ESE HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO POR NO NOMBRAMIENTO EN CARGO DE GERENTE DE LA ESE HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA – Imposibilidad por cuanto no se desempeñó el cargo y el vencimiento del período / REPARACIÓN DEL DAÑO POR PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD- Procedencia

Problema jurídico 4: *¿Es procedente el restablecimiento, por el nombramiento de una persona no idónea para desempeñar el cargo de gerente del Hospital Federico Lleras Acosta del Departamento del Tolima, al participante del concurso de méritos*

que le correspondía tal nominación de acuerdo a lo regulado en la ley?

Tesis 4: “No es posible acceder al restablecimiento del derecho en los términos en que fue reclamado por la parte demandante y que fue reconocido por

el Tribunal Administrativo del Tolima en el fallo apelado, por cuanto en primer lugar, no se le puede restablecer el derecho a Oscar Salazar Duque por cuanto nunca fue designado Gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta y, en segundo término, dada la imposibilidad material por el transcurso del tiempo, como quiera que según el párrafo del artículo primero del acto declarado nulo - Decreto 0308 de 28 de febrero de 2013-: “*El nombramiento será desde su posesión y hasta el 31 de marzo de 2016, fecha en que vence el periodo de conformidad con el párrafo transitorio del artículo 28 de Ley 1122 de 2007*”. En virtud del supuesto normativo previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, además de pretenderse la nulidad del acto administrativo se podrá pedir también pedir el restablecimiento del derecho –que ya se advirtió no opera en el caso *sub lite*- o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo. (...) Precisamente como quiera que nos encontramos frente a un proceso ilegal de la administración en cabeza de la Gobernación del

Tolima, al haber designado en forma equivocada a quien no era la persona idónea para ocupar el cargo de Gerente de la ESE Hospital Federico Lleras Acosta 2013-2016, esta situación condujo a que en vista de la designación ilegal que recayó en José Raúl Reyes Cuellar, el demandante Oscar Salazar Duque perdiera la oportunidad de ser nombrado como Gerente de la mencionada institución hospitalaria (...). Considera la Sala que para tasar en el presente caso, la cuantificación del daño que deberá ser objeto de indemnización por parte de la entidad territorial departamental que profirió el acto administrativo declarado nulo, se tendrá de presente el marco normativo del artículo 16 de la Ley 446 de julio 7 de 1998 (...) La Gobernación deberá entonces cancelar a título de reparación del daño deprecado al demandante Oscar Salazar Duque, con ocasión de la pérdida de oportunidad, las sumas de dinero que por concepto de salarios y demás prestaciones sociales legales y ordinarias le fueron dejadas de cancelar, durante el periodo 1º de marzo de 2013 al 4 de septiembre de 2014.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de septiembre de 2020, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 73001-23-33-000-2013-00499-02 \(3852-14\).](#)

4. Reconocimiento de remuneración a conjuez del Consejo Nacional Electoral que desempeñó funciones de manera consecutiva por más de cinco meses por impedimento del titular.

Síntesis del caso: *Conjuez del Consejo Nacional Electoral desempeñó las funciones por más de cinco meses, por aceptación de impedimento al titular. Por lo anterior, solicitó el reconocimiento de honorarios a la mencionada Corporación, la cual negó la petición por no existir norma legal que sustente su reconocimiento.*

HONORARIOS DE CONJUEZ DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL – No existencia de regulación legal / REMUNERACIÓN A CONJUEZ - Reconocimiento como funcionario de hecho / PRINCIPIO DE EQUIDAD - Aplicación

Problema jurídico: *¿Tiene derecho al reconocimiento de remuneración el conjuez del Consejo Nacional Electoral por ejercer funciones por más de 5 meses consecutivos, por impedimento aceptado del titular?*

Tesis: “Observa la Sala que únicamente el Decreto 2266 de 31 de diciembre de 1969, se ocupó de la forma de liquidar los honorarios de los conjueces, pues en lo sucesivo, esto es, de ahí en adelante, el Gobierno ha hecho caso omiso al mandato del artículo 23 del Decreto ley 2204 de 22 de diciembre de 1969, que le atribuyó la responsabilidad, cada dos

años, de regular «lo relativo a arancel y a remuneración» de los conjueces. De igual forma, tampoco se ha regulado lo atinente a la remuneración de los conjueces del Consejo Nacional Electoral, pues para la época de los hechos cobra vigencia el artículo 3º del Decreto 2450 de 4 de octubre de 1980, que los equiparó, en cuanto a deberes y responsabilidades, a los magistrados de esa Corporación y estableció en el Gobierno nacional la obligación de fijar la tarifa de la remuneración que la Registraduría Nacional del Estado Civil debía pagarles por los servicios prestados (...) Encuentra la Sala que el accionante, en su condición de conjuez

del Consejo Nacional Electoral, asumió las funciones que le correspondían al titular del despacho de esa Corporación, a cargo del magistrado Édgar Castellanos González, a quien le fue aceptado impedimento, las cuales ejerció de manera continua e ininterrumpida durante 5 meses y 15 días, con la anuencia de la accionada, «sin que mediaran para el efecto los elementos formales que configuran la relación legal y reglamentaria, propios de estos servidores, como lo son el acto de nombramiento y posesión como Magistrado, y la retribución que debía recibir por sus servicios», circunstancias que «lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público»(...) se tiene que el demandante, conjuntamente con la designación de conjuer del CNE, fue investido de manera irregular de funciones y responsabilidades propias de las de un magistrado titular a quien se le separó del conocimiento de las mismas por impedimento; irregularidades que, conforme a los citados apartes jurisprudenciales, contrarían postulados laborales constitucionales relativos, en

especial, a la remuneración proporcional a la cantidad y calidad del trabajo y primacía de la realidad sobre las formalidades. Por tal motivo, para la Sala los actos administrativos censurados resultan desproporcionados en la medida en que la Administración se encuentra obligada a pagar al actor la remuneración causada por esa irregular vinculación, por el lapso que sirvió en condición funcionario de hecho, sin perder de vista, además, el principio constitucional de la equidad como criterio auxiliar de la actividad judicial, que en casos como el del epígrafe deben observar los jueces en sus providencias (artículo 230 de la Constitución Política). Con base en los razonamientos que se dejan consignados, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia recurrida, que accedió a las súplicas de la demanda.”

Nota de Relatoría: “Sobre el pago de remuneración como funcionario de hecho a magistrado del Consejo Nacional Electoral ver: C de E en sentencia de 6 de diciembre de 2007, expediente 25000-23-25-000-2003-06351-01 (4595-05), C. P. Jaime Moreno García.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 12 de junio de 2020, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 25000-23-25-000-2003-04443-01 \(2149-07\).](#)

5. Se declaró la nulidad parcial de las resoluciones expedidas por Fonprecon que negaron el pago retroactivo debidamente indexado y con intereses de mora de la pensión de sustitución a compañero permanente de pareja homosexual. A título de garantía de no repetición, se ordenó a Fonprecon medidas de reparación no pecuniarias.

Síntesis del caso: *El actor solicitó la nulidad parcial de las Resoluciones 498 de 18 de abril y 770 de 17 de junio de 2011 que le sustituyeron, en calidad de compañero permanente, la pensión de jubilación que percibía el señor (...) (q. e. p. d.), a partir del 13 de junio de 2008, fecha de ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008. Como consecuencia de lo anterior, pidió que se ordene a Fonprecon reconocerle (i) la sustitución pensional desde el 27 de julio de 1993, día siguiente de la fecha del fallecimiento de su compañero permanente y (ii) el pago de un retroactivo debidamente indexado y con intereses de mora.*

SUSTITUCIÓN PENSIONAL PAREJA DEL MISMO SEXO / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS SEXUALMENTE DIVERSAS / DISCRIMINACIÓN / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Problema jurídico 1: *¿El desconocimiento en materia de sustitución pensional de la pareja del mismo sexo,*

constituye violación al derecho a la igualdad y las normas de derecho internacional que conforman el bloque de constitucionalidad?

Tesis 1: “[L]os órganos de las Naciones Unidas han insistido que es ilegal hacer cualquier distinción en materia de derechos de las personas por el hecho de que sean lesbianas, gay, bisexual o transgénero (LGBT) [...] [E]l demandante (...) fue víctima de un ilícito internacional de carácter continuo que fue evidenciado y declarado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (violación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en el Dictamen Comunicación 1361/2005, el cual se perpetró porque la administración, en 1995, negó la sustitución pensional con

fundamento en una medida discriminatoria (...) como aún no ha cesado el ilícito internacional en el caso del demandante, lo que corresponde en esta instancia es ponerle fin, ordenando las medidas necesarias para asegurar su extinción, así como (i) la reparación integral de los daños que afrontó la víctima como consecuencia de la desigualdad y discriminación de que fue sujeto y (ii) las garantías de que los procedimientos descritos no se repetirán.”

OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE PREVENIR LAS GRAVES VIOLACIONES DE LOS DDHH / GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS SEXUALMENTE DIVERSAS

Problema jurídico 2: *¿Qué tipo de medidas existen para evitar la reiterada vulneración de los derechos fundamentales de las personas sexualmente diversas y garantizar efectivamente sus derechos?*

Tesis 2: “[E]ste fallo pretende así, no sólo asegurar el cumplimiento por parte del Estado colombiano de la obligación de no discriminación, a la luz de las normas antes señaladas del derecho internacional de los derechos humanos, sino, también, realizar materialmente el principio constitucional de igualdad en atención a su rol dentro del ordenamiento jurídico de nuestro estado social de derecho y a su naturaleza imperativa (*jus cogens*) en el ámbito internacional. [...] [P]ara reparar adecuadamente (...) el ilícito internacional de carácter continuado de que fue sujeto, como mínimo, hay que reconocerle el retroactivo de la sustitución pensional desde el día siguiente en que falleció su compañero permanente (28 de julio de 1993) hasta el 12 de junio de 2008, pues, a partir de dicha fecha, Fonprecon hizo efectiva la aludida prestación (Resolución 1149 de 12 de octubre de 2011), bajo el entendido errado de que el derecho nació con la ejecutoria de la sentencia C-336 de 2008, lo cual, como ya se vio, a la luz de los compromisos internacionales adquiridos y los preceptos del estado social de derecho colombiano, reproduce el trato desigual y discriminatorio. [...] Lo expuesto, hace imperioso adoptar medidas de reparación no pecuniarias que contribuyan de algún modo a (i) superar algunos obstáculos que afrontó en vida el accionante, y (ii) materializar, en debida forma, lo que dispuso el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en el Dictamen Comunicación 1361/2005. -. La realización, en cabeza del Director de Fonprecon de un acto público de aceptación de responsabilidad, petición de disculpas y reconocimiento a la memoria del señor (...) donde se exalte el rol preponderante que tuvo en la reivindicación de los derechos de las parejas del mismo sexo, con la presencia de sus familiares. Lo anterior, siempre que

los últimos así lo convengan. -.La construcción, por parte de la entidad demandada, de un instructivo que (i) identifique los obstáculos que aún afrontan las parejas del mismo sexo para acceder a la pensión de sobrevivientes, (ii) adopte medidas para conjurarlos, (iii) incluya las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado y que desarrollan garantías de igualdad y no discriminación, (iv) oriente y sirva de capacitación obligatoria a los servidores encargados de verificar la procedencia o no de los reconocimientos prestacionales, y (v) de muestra de que lo acontecido en este caso no volverá a repetirse. -. Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de la entidad demandada su difusión y publicación por medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutoria, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria del presente fallo. La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla. -.Como consecuencia de esto, se remitirá copia auténtica de esta sentencia (i) a la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías-Asofondos con la finalidad de que sea replicada y sirva para corregir prácticas que aún menoscaban derechos con fundamento en la orientación sexual de las personas, (ii) a la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla para que sea utilizada como material de formación de servidores judiciales, y (iii) al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, para que estas entidades públicas, en cumplimiento de los mandatos convencionales y convencionales, la pongan en conocimiento del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. De todo lo ordenado, la entidad demandada deberá entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de octubre de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2012-00038-02\(3759-15\).](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Consejo de Estado declaró responsable al ICBF por la muerte de una menor de edad al cuidado de una madre sustituta, en hogar de acogida, porque asumió la posición de garante al encargarse de su atención, aunque no hubo falla del servicio.

Síntesis del caso: *El ICBF ordenó abrir un proceso de restablecimiento de derechos a favor de la menor (xxxxx) y sus hermanas, porque se encontraban en situaciones críticas de salud y sus padres no tenían los recursos para garantizar sus necesidades básicas. El 7 de noviembre de 2007, la entidad asignó el cuidado de las niñas a un hogar sustituto. El 16 de agosto de 2008, la menor (xxxxx) presentó convulsiones después de comer y fue llevada por la madre sustituta a una institución de salud para ser atendida, lugar en el que falleció.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO PROCESAL / TÉRMINO EN AÑOS / INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / ICBF / MUERTE DE MENOR

Problema Jurídico 1: *¿El último día del cómputo del término de caducidad de la acción de reparación, al contarse en años, deberá ser numéricamente igual al primer día de dicho plazo?*

Tesis 1: “La acción de reparación directa, según el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., caduca al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho. La muerte de (...) ocurrió el 16 de agosto de 2008, por tal razón, el cómputo de la caducidad inició el 17 de agosto de ese año. (...) El ICBF aduce que el término caducó el 16 de agosto de 2010, día en el que se cumplieron los dos años previstos por la norma, porque el 17 de agosto de 2010 empezó a correr el tercer año a partir del momento en que inició el conteo del término. (...) La Sala no comparte esta postura. Según el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, en el

cómputo de términos establecidos en meses y años, el último día del plazo deberá ser numéricamente igual al primer día de dicho plazo. En el caso concreto, como el plazo de 2 años inició el 17 de agosto de 2008, la caducidad ocurrió el 17 de agosto de 2010. (...) Dado que la solicitud de conciliación se presentó el 17 de agosto de 2010, se entiende que ésta fue presentada oportunamente y suspendió el término de caducidad hasta el 2 de noviembre del mismo año, fecha en que se declaró fallida la diligencia de conciliación y se radicó la demanda. Por esta razón, no operó la caducidad alegada por la parte actora.”

NOTA DE RELATORÍA: “Sobre el cómputo de términos procesales en años, ver: Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 18 de junio de 18. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Exp. 18820.”

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / ICBF / MADRE SUSTITUTA / HOGAR COMUNITARIO / DAÑO CAUSADO EN HOGAR INFANTIL O COMUNITARIO DEL ICBF / PROTECCIÓN AL MENOR DE EDAD

Problema Jurídico 2: *¿El ICBF tiene legitimación en la causa por pasiva cuando un menor de edad sufre un daño, bajo el cuidado de un hogar sustituto, por ser la entidad prestadora del servicio de protección de los niños?*

Tesis 2: “En relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva, el ICBF señaló que la madre sustituta era quien debía responder por los daños alegados. La Sala se aparta de esa interpretación porque está probado que el daño se produjo en

desarrollo de la atención prestada por un hogar comunitario a cargo de la citada entidad. El ICBF es la entidad que presta el servicio público de protección de los niños y, por lo tanto, la llamada a responder.”

Nota de Relatoría: “Sobre la legitimación en la causa por pasiva frente a daños causados a menores en hogares comunitarios del ICBF, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 10 de julio de 2013. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 27913.”

ICBF / MUERTE DE MENOR / DAÑO CAUSADO EN HOGAR INFANTIL O COMUNITARIO DEL ICBF / MADRE SUSTITUTA / AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO / MUERTE DE MENOR DE EDAD EN MANOS DE MADRE SUSTITUTA / RESPONSABILIDAD OBJETIVA / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA / POSICIÓN DE GARANTE / CONSTITUCIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTE / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

Problema Jurídico 3: *¿El ICBF debe responder patrimonialmente por la muerte de una menor de edad al asumir la posición de garante y ubicarla en un hogar sustituto y asumir su cuidado y atención, así no se haya presentado la falla del servicio de protección de los niños?*

Tesis 3: “El ICBF es responsable de la muerte de la menor porque asumió la posición de garante al encargarse de su atención. (...) El daño reclamado en la demanda es imputable al ICBF porque dicha entidad se ubica en la posición de garante cuando, a través de una madre comunitaria, asume el cuidado y la atención de la niña. Si en desarrollo del mismo se causa el hecho dañoso, tiene la obligación de repararlo. En estas condiciones, su responsabilidad es objetiva y se estructura a partir de la simple demostración de que el daño se produjo en la ejecución de una labor propia del servicio prestado como era el suministro de alimentos a la niña. (...) A la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P., la naturaleza antijurídica del daño se infiere de su carácter grave, particular e injustificado y la obligación de repararlo de su imputabilidad al Estado. Este presupuesto se establece cuando (i) se acredita que el daño fue causado por la actuación o la omisión de un agente estatal o (ii) cuando se demuestra que el Estado detenía el poder de control sobre la cosa peligrosa causante del daño o que había asumido posición de garante de la víctima. Cuando la imputación de responsabilidad se deduce de la creación o de la asunción de un riesgo, la entidad demandada sólo se exonera si acredita la existencia de una causal que rompa el nexo de causalidad, esto es, si demuestra que el daño fue producto en forma determinante y exclusiva por la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor, la cual sólo se configura si se trata de una circunstancia ajena a la prestación del servicio que no formaba parte del riesgo que comportaba su prestación. (...) La responsabilidad por la asunción del riesgo (posición de garante) sustenta la obligación indemnizatoria del Estado (i) en relación con los bienes, en los eventos en los que ha

recibido su tenencia, que es lo que ocurre en los casos de decomisos o retenciones, cuando estos se pierden o se devuelven deteriorados a su propietario; y (ii) en relación con las personas, particularmente en el caso de las lesiones o muertes sufridas por los conscriptos y por las personas privadas de su libertad en un centro de reclusión. Frente a estos últimos, en la medida en que se trata de personas que se encuentran por cuenta de las autoridades sin el concurso de su voluntad, sobre el Estado pesa una obligación de resultado que lo obliga a responder por los daños que sufran durante su detención. (...) En el caso analizado, el Estado no incurrió en una falla en el servicio, pues las pruebas demuestran que la niña se estaba recuperando con excelentes resultados. Sin embargo, el ICBF asumió una posición de garante, y con ella, los riesgos que conllevaba la atención de la niña. Por lo tanto, así no se evidencie una falla del servicio, la asunción de este riesgo genera la obligación de reparar ante la inexistencia de pruebas que permitan deducir que el daño fue producto de una causa extraña, ajena al mismo. En consecuencia, la Sala confirmará la condena al ICBF frente al pago de los perjuicios reclamados. (...) Se anota, por último, que, ante la ausencia de reproche a la actuación de la entidad demandada, la actividad de prevención del daño antijurídico que a esta le corresponde desarrollar, no se dirige a la prestación del servicio ni a la forma en que el mismo se desarrolla, el cual resulta indispensable y adecuado. En los eventos en que el desarrollo de una actividad comporta el riesgo de reparar daños, la alternativa del responsable consiste en asegurar la indemnización de tales daños.”

Nota de Relatoría: “Sobre la responsabilidad del Estado cuando asume la posición de garante, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2000. C.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 13329. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 27 de abril de 2006. C.P. Alier Hernández Enríquez. Exp. 20125.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de agosto de \(2020\), C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 73001-23-31-000-2011-00065-01\(44345\).](#)

2. El equilibrio económico del contrato permite restablecer el balance de la ecuación que surgió al celebrarse el negocio jurídico, siempre que se acredite el hecho imprevisible y ajeno a la alea ordinaria que imposibilite su ejecución y lo haga más oneroso.

Síntesis del caso: *Consortio presentó oferta para participar en un proceso de selección de contratistas adelantado por el Ministerio de Defensa Nacional-Fuerza Aérea de Colombia para la celebración de un contrato de obra pública, en la cual incluyó la relación de los precios unitarios contenida en el pliego de condiciones, sin consultar los precios del mercado, lo que le produjo sobrecostos en la ejecución del contrato que se le adjudicó, por lo que pidió el restablecimiento del equilibrio económico del mismo.*

ACCIÓN DE CONTRAVERSAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CONTRATO / EQUILIBRIO DEL CONTRATO EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CAUSAS DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Causas provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / IUS VARIANDI / FACULTADES EXCEPCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN / FACULTADES EXCEPCIONALES DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / FACULTADES EXCEPCIONALES DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / FACULTADES EXCEPCIONALES DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / HECHO DEL PRINCIPE / TEORÍA DEL HECHO DEL PRÍNCIPE / TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN – Hechos que no eran razonablemente previsibles cuando se suscribió el acuerdo de voluntades

Problema Jurídico: *¿Cuáles son las causas que pueden determinar la ruptura del equilibrio económico de un contrato estatal?*

Tesis: “Como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia, el equilibrio económico del contrato puede verse afectado por diversas causas, provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico que, si bien no corresponden a eventos de responsabilidad culposa en el ámbito de la contratación, sí dan lugar a reconocimientos económicos a favor de la parte afectada, en aras de restablecer el balance de la ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse el negocio jurídico, cuando se consideraron equivalentes las prestaciones pactadas a cargo de las partes. Como causas del rompimiento del equilibrio económico del contrato, se han contemplado las provenientes de la misma entidad y las exógenas. (...) Dentro de las causas de afectación del equilibrio económico del contrato que sí provienen de la entidad, se halla el ius variandi, mediante el ejercicio de las facultades excepcionales de interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato que, por disposición legal, imponen el deber a la administración de reconocer las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los contratistas objeto

de tal medida, y que deberán aplicarse los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial (art.14, núm. 1º y 16 de la Ley 80/93). Así mismo, en esta categoría se encuentra el hecho del príncipe, teoría que se funda en el rompimiento del equilibrio económico del contrato proveniente de la expedición, con posterioridad a la celebración del contrato, de una medida de carácter general, impersonal y abstracto por parte de la entidad contratante, en ejercicio de sus funciones y no como parte del contrato, que era imprevista e imprevisible, y que, de manera indirecta, afecta a su propio contratista, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la ecuación contractual, que se traduce en un detrimento grave de sus intereses económicos. (...) Dentro de esta categoría [exógenas] se hallan los eventos que pueden ser clasificados dentro de la teoría de la imprevisión, la cual se presenta cuando hechos extraordinarios, ajenos a las partes, sobrevinientes a la celebración del contrato y que se presentan durante su ejecución, que no eran razonablemente previsibles cuando se suscribió el acuerdo de voluntades, afectan de manera grave el cumplimiento de las obligaciones, haciéndolo mucho más gravoso para una de ellas.”

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CONTRATO / EQUILIBRIO DEL CONTRATO EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CAUSAS DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Causas provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / CAUSAS EXÓGENAS / SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL / PRESUPUESTOS PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / SOBRECOSTOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Problema Jurídico 2: *¿Cuáles son los presupuestos para el restablecimiento de la ecuación contractual mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que hubiere podido incurrir la parte afectada por una causa exógena?*

Tesis 2: “Para que se pueda predicar este evento de rompimiento del equilibrio económico del contrato, que dé lugar al reconocimiento de los mayores costos a favor de la parte afectada, se deben reunir ciertos requisitos: 1) Que, con posterioridad a la celebración del contrato, se presente un hecho ajeno a las partes, no atribuible a ninguna de ellas. 2) Que ese hecho altere de manera anormal y grave la ecuación económica del contrato, es decir, que constituya una

alea extraordinaria. 3) Que esa nueva circunstancia sea imprevista y no hubiera podido ser razonablemente previsible por las partes. 4) Que esa circunstancia imprevista, dificulte la ejecución del contrato haciéndolo mucho más oneroso, pero no la imposibilite. Cuando se reúnen estas características y se presentan sobrecostos exagerados para una de las partes en la ejecución de las prestaciones a su cargo, hay lugar a restablecer la ecuación contractual, mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que hubiere incurrido la parte afectada, es decir, como lo establece la ley, llevarlo a un punto de no pérdida -inciso 2, artículo 5, Ley 80 de 1993-.”

RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CONTRATO / EQUILIBRIO DEL CONTRATO EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO / CAUSAS DE LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - Causas provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / CAUSAS EXÓGENAS / AUSENCIA DE PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CAUSA EXÓGENA – No fue imprevisible / HECHO AJENO / CONTRATISTA - No observó la suficiente diligencia y cuidado en la elaboración de su propia oferta / ACTO CONTRACTUAL – Legal / ACTO DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / CONTRATO DE OBRA / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL – Ajustada a la legalidad

Problema Jurídico 3: *¿Es ilegal del acto de liquidación unilateral del contrato de obra 308-FAC-2003 por no haber contemplado el restablecimiento del equilibrio económico del contrato?*

Tesis 3: “[N]o se demostró que, con posterioridad a la celebración del contrato, se hubiera presentado un hecho extraordinario, imprevisto e imprevisible, ajeno a las partes, que haya afectado la equivalencia entre derechos y obligaciones surgida al momento de perfeccionarse el negocio jurídico, haciéndolo mucho más oneroso para el contratista. Tampoco se demostró que la entidad demandada hubiera ejercido el ius variandi, o que haya expedido un acto de carácter general, que afectó de manera indirecta a su contratista -hecho del príncipe-, de tal manera que

surgiera a su favor el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.(...) la causa del desequilibrio económico del contrato alegado en la demanda no fue posterior a la celebración del negocio jurídico sino que se generó en la etapa previa a su suscripción; no fue un hecho imprevisible, puesto que era previsible y debió ser previsto por el contratista en el momento de preparar su propuesta; y no consistió en un hecho ajeno a las partes o imputable a la entidad a título de ius variandi o hecho del príncipe, puesto que se originó en la actitud omisiva del Consorcio Llanogrande, que no observó la suficiente diligencia y cuidado en la elaboración de su propia oferta.”

NOTA DE RELATORÍA: “Sobre las causas de ruptura del equilibrio económico del contrato, provenientes de la entidad, ver sentencias del 14 de abril de

2005, Exp. 28616, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, y 31 de enero de 2019, Exp. 37910, entre otras; C.P. María Adriana Marín. Sobre la teoría del hecho

del príncipe, ver sentencia del 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Sobre la prueba testimonial y la diferencia con el interrogatorio de parte, pueden consultarse las sentencias de 13 de junio de 2016, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. En el mismo sentido, entre muchas otras: Subsección B, sentencia del 30 de julio de 2015, Exp. 33332, C.P. Danilo Rojas Betancourth; Subsección A, sentencia del 26 de noviembre de 2014, Exp. 76001-23-31-000-2003-00834-02(AG), C.P. Hernán Andrade Rincón y sentencia del 30 de abril de 2014, Exp. 26883 A, C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre

el deber de planeación en materia de contratación estatal, consultar sentencia del 18 de marzo de 2015, Exp. 33223, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Reiterada en: Sección A, sentencia del 28 de enero de 2016, expediente 34454, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y Sección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, Exp. 34288, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. En relación con la buena fe objetiva como comportamiento ajustado al ordenamiento y a los postulados de la lealtad y la corrección, ver sentencia del 19 de noviembre de 2012, Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 13 de agosto de 2020, C.P. María Adriana Marín, radicación: 05001-23-31-000-2006-03354-01 \(46057\).](#)

3. Se declaró nulo título minero que causaba grave impacto al medio ambiente de la Cuenca Alta del Río Bogotá.

Síntesis del caso: *Una Corporación Autónoma Regional solicitó que se declare la nulidad absoluta de un contrato de concesión minera y de su inscripción en el Registro Minero Nacional por considerar que, mediante este, la autoridad minera permitió la exploración y explotación de un área en donde estaba prohibida dicha actividad.*

CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA - Se confirma su declaratoria de nulidad absoluta parcial / OBJETO ILÍCITO DEL CONTRATO ESTATAL / TÍTULO MÍNERO - Se superponía con la Reserva Forestal Protectora y Productora de la Cuenca Alta del Río Bogotá / ZONA RESTRINGIDA PARA LA EXPLOTACIÓN DE LA MINA / PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN - No aplicado

Problema Jurídico 1: *¿Se encuentra ajustado a la legalidad el título minero que otorgó la Administración para la explotación en la Reserva Forestal Protectora y Productora de la Cuenca Alta del Río Bogotá?*

Tesis 1: [L]a Sala no encontró acreditados los cargos presentados en el recurso de apelación, según los cuales no debía declararse la nulidad del contrato. En consecuencia, confirmará la declaratoria de nulidad absoluta parcial del contrato con base en el artículo 1519 del Código Civil. La Sala advierte que el contrato tiene objeto ilícito, porque el título minero se superponía con la Reserva Forestal Protectora y Productora de la Cuenca Alta del Río Bogotá, la cual –según el artículo 34 del Código de Minas– era una

zona excluible de la minería. Adicionalmente, se configuró el objeto ilícito del contrato porque no se respetó el principio legal de precaución al expedir un título que se traslapaba con el DMI Río Subchoque y Pantano de Arce. La ANM era la autoridad pública que tenía la competencia de tomar una decisión con aptitud para generar un impacto en el medio ambiente, por lo que debía respetar las normas correspondientes y entenderlas como marco legal de su actividad. Igual que las demás autoridades que por sus competencias conforman el Sistema Nacional Ambiental (SINA), en este caso la ANM estaba obligada a aplicar y respetar el principio de precaución, al no hacerlo se configuró el objeto ilícito del contrato de concesión minera.”

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / MINERÍA - Impacto en el medio ambiente / EXPLORACIÓN DE LA MINA / EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / TÍTULO MINERO - Procedía su negación / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL INTERÉS GENERAL / PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE

Problema Jurídico 2: *¿La ANM expidió acorde con el ordenamiento constitucional el título minero para explotar la Cuenca Alta del Río Bogotá?*

Tesis 2: “La Sala advierte que en este caso estaban dados los requisitos para que la autoridad minera adoptara sus decisiones al amparo del principio de precaución que, según la jurisprudencia constitucional, se debe aplicar conforme a la regla “in dubio pro ambiente” frente a los impactos de la minería. Así, aunque (i) no existía certeza absoluta sobre el alcance específico del daño que iban a producir las actividades de exploración y explotación minera en el DMI, (ii) la existencia de abundantes estudios científicos e incluso oficiales que advertían sobre el riesgo,

obligaban a la ANM a verificar la procedencia de negar el título en obediencia del principio de precaución. (...) La Sala advierte que la decisión de haber negado el título habría servido a un fin constitucionalmente admisible de interés general, habría sido adecuada para realizar dicho objetivo que no podía lograrse de otra forma dentro del procedimiento de solicitud de concesión, lo que la hacía necesaria; y que en definitiva habría reportado mayores beneficios para la comunidad y de manera más amplia para todo el ecosistema protegido, que los sacrificios que comportaba su aplicación.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 03 de agosto de 2020, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación 25000-23-36-000-2013-01639-01\(58710\).](#)

4. El ejercicio de la potestad reglamentaria no faculta a la administración para crear, modificar o suprimir etapas o términos del procedimiento administrativo, pues este establece con antelación las relaciones entre el usuario y la administración.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional expidió el Decreto 935 de 2013 con el fin de reglamentar los artículos 271, 273 y 274 del Código minero relativos a la presentación de propuestas de contratos de concesión a través de medios electrónicos. Dentro de las disposiciones reglamentarias, dispuso que, presentada la propuesta de contrato de concesión, si se incurriera en omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento, se rechazaría de plano la propuesta. A su vez, la Resolución 299 de 2012 dispuso un plazo de tres (3) días hábiles, contados a partir de la presentación de la oferta de contrato de concesión minera vía internet, para entregar físicamente ante la respectiva autoridad minera, los documentos exigidos en el art. 271 del Código Minero. Finalmente, la Resolución 391 de 2013 advirtió que si dentro de los tres (3) días siguientes a la radicación de la propuesta, no se presenta la documentación soporte se aplicaría la causal de rechazo establecida expresamente en el artículo 271 del Código Minero. La parte actora demandó estas disposiciones referidas a la causal de rechazo y a los (3) tres días hábiles para la entrega documental.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / DECRETO 935 DE 2013 / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD REGLAMENTARIA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / RECHAZO DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE – Si no se cumple con los requisitos de la propuesta / MINERÍA RESTRINGIDA – Requiere concepto de autoridad competente / PLANO / ANEXOS DE LA PROPUESTA - Identificación y el área del contrato y las especificaciones de orden técnico minero / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO LEGAL – No puede ser creado o modificado mediante acto administrativo / DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Los términos no pueden ser sustraídos arbitraria y unilateralmente por la administración, so pena de sorprender a los ciudadanos y desconocer el debido proceso / SILENCIO LEGISLATIVO – La potestad reglamentaria no permite llenar dichos vacíos / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Problema Jurídico 1: *¿El ejercicio de la potestad reglamentaria faculta a la administración el establecimiento, creación o modificación de términos o procedimientos regulados previamente por la ley?*

Tesis 1: “[N]o es posible que mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria se creen, modifiquen o supriman etapas o términos del procedimiento administrativo, pues este último establece las relaciones con antelación entre el usuario y la administración. Desde esta óptica, dicho procedimiento organiza un conjunto de actuaciones administrativas con etapas, fases y términos, las cuales deben ser observadas puntualmente en la medida que están orientadas a la producción de una decisión por parte de quien ejerce funciones administrativas. Por tanto, la fase de etapas y términos en el procedimiento administrativo deben ser fijados democráticamente en espacios deliberativos y representativos, y no pueden ser sustraídos arbitraria y unilateralmente por la administración, so pena de sorprender a los ciudadanos y desconocer el debido proceso. (...) Ahora, si se constata

que frente a los términos en una actuación administrativa existe un silencio legislativo a la vista de que el Código de Minas no fijó límites temporales para allegar los documentos de las peticiones hechas por internet, no es posible de allí inferir que la potestad reglamentaria opera como un instrumento que llena las lagunas del principio democrático en escenarios en los que en una ordenación normativa falta una regulación legal, máxime cuando la potestad reglamentaria del artículo 189.11 constitucional es *secundum legem*, es decir, la norma reglamentaria adquiere el carácter de tal, y, por consiguiente, su fuerza vinculante, por la expresa autorización de ley. Además, dicha norma debe observar, tal como se mencionó anteriormente, los criterios de competencia –prohibición de rebasar los parámetros autorizados por ley– y de necesidad –prohibición de ejercer la potestad reglamentaria cuando existe agotamiento del objeto.”

VICIO DE COMPETENCIA - No se produce por introducir aspectos operativos, instrumentales o de ejecución de la ley / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS - La fijación de términos a una actuación administrativa corresponde de manera exclusiva y excluyente al legislador / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO LEGAL – No puede ser creado o modificado mediante acto administrativo / DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Los términos no pueden ser sustraídos arbitraria y unilateralmente por la administración, so pena de sorprender a los ciudadanos y desconocer el debido proceso / SILENCIO LEGISLATIVO – La potestad reglamentaria no permite llenar dichos vacíos / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / DECLARACIÓN DE NULIDAD – Ante la ausencia de plazo legal, debió acudir al procedimiento subsidiario previsto en el CPACA

Problema Jurídico 2: *¿Desbordó la administración el ejercicio de la potestad reglamentaria al incluir en un acto administrativo un término procedimental no previsto en el Código de Minas?*

Tesis 2: “Para la Sala es claro que un vicio de competencia no se produce por introducir aspectos operativos, instrumentales o de ejecución de la ley. Ese desbordamiento tiene ocurrencia cuando la sustitución tiene tal incidencia que la reserva legal resulta suplantada por una autoridad administrativa. Al ser

este asunto -el de fijar términos- una cuestión que guarda una relación inescindible con la regulación del sector minero y por tratarse de fases del procedimiento que restringen o afectan las condiciones en que se ejerce un derecho fundamental como lo es la iniciativa privada, no cabe duda de que la fijación de términos a una actuación administrativa corresponde de manera exclusiva y excluyente al legislador, según el numeral 2° del artículo 150 y el artículo 360 constitucional arriba mencionados. Así las cosas, el gobierno nacional incurrió en un exceso de la potestad reglamentaria, por violar el ámbito de su competencia, en la medida que desconoció los linderos que le habían sido fijados por la Ley, pues reemplazó al legislador al introducir vía reglamento una regulación

sobre la etapa de términos para allegar la documentación física, sin tener sustento en ninguna disposición legal. En efecto, el Código de Minas no abordó el asunto referente al término de manera expresa, razón por la cual la inclusión y el alcance de la palabra “término” es una cuestión que debe ser definida exclusivamente el legislador. (...) Lo anterior conduce a que el juez de la legalidad, consciente de esta realidad y por cuanto el legislador no ha dispuesto cosa diferente hasta el momento, el artículo 2° del Decreto 0935 de 2013 refleja un exceso de la potestad reglamentaria, por lo que en los eventos de radicación del expediente minero por internet se deberá aplicar el procedimiento subsidiario previsto en el CPACA.”

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD - Resoluciones 299 de 2012 y 391 de 2013 / RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD REGLAMENTARIA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / REQUISITOS DE LA PROPUESTA / CONTRADICCIÓN NORMATIVA – Rechazo y concesión de un término para aportar los anexos / DERECHO A LA IGUALDAD / RECHAZO DE LA PROPUESTA / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / DECLARACIÓN DE NULIDAD / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS / VICIO DE COMPETENCIA / RESERVA LEGAL / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA

Problema Jurídico 3: *¿Son nulas las Resoluciones 299 de 2012 y 391 de 2013 por ir en contra de la reserva legal?*

Tesis 3: “La Sala considera que se incurrió en un vicio de competencia y transgresión a la ley, ya que quedaron demostrados los siguientes hechos: i) que el artículo 2° del Decreto 0935 de 2013 introdujo en el ordenamiento jurídico un elemento esencial del procedimiento administrativo minero como lo es que el que la administración fijó el término para que opere la causal de rechazo por la omisión en la presentación de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 271 y su reglamento; ii) que los artículos de las resoluciones demandadas introdujeron el término de tres (3) días para que el proponente allegue los documentos soporte de la propuesta de contrato de concesión radicado vía web, y pese a que las entidades demandadas pretenden explicar la inclusión de dicho término con la causal por omisión de los requisitos de la propuesta consignados en el artículo 274 de la Ley 685 de 2001, lo cierto es que con una simple confrontación textual de una y otra norma se aprecia que se suplió al legislador en una de las fa-

ses más importantes del procedimiento administrativo como lo es la fijación términos, razón por la cual no puede concluirse que el reglamento desarrolló la ley, sino que la suplió; iii) que según los artículos 84 y 150.2 y 360 constitucionales y 4° de la Ley 685 de 2001, se configuró reserva de ley para regular procedimientos administrativos y los requisitos o condiciones para el ejercicio de actividades de minería, prohibiéndose que se exija cargas, permisos, documentos o requisitos adicionales no contemplados por el legislador para adelantar trámites administrativos en el ámbito minero; iv) que el gobierno nacional y la ANM excedieron su potestad reglamentaria y transgredieron la ley al introducir dentro del procedimiento administrativo minero un término para que opere una causal de rechazo cuando las propuestas son radicadas vía internet, lo que constituye un contenido material de reserva de ley. (...) se abre paso a la nulidad de estas disposiciones, en lo concerniente a los términos, y así se declarará en la parte resolutive de este fallo. (...) Finalmente, se dispondrá que la declaratoria de nulidad se hará sin perjuicio de las situaciones individuales y concretas de carácter definitivo que se hayan producido y consolidado en vigencia de los artículos que se declaran nulos.”

Nota de Relatoría: “La Corte Constitucional, C 810 de 2014, estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 parcial, numerales 2, 3 y 4 del Decreto Ley 4144 de 2011, modificatorio del artículo

47 de la Ley 643 de 2003. Sobre la potestad de las autoridades distintas al Presidente de la República para expedir decretos reglamentarios, ver sentencia del 8 de abril de 1976, Exp. 2279, M.P. Carlos Galindo Pinilla; sentencia del 6 de febrero de 1981, Exp.

3175, M.P. Jacobo Pérez Escobar y concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del 14 de septiembre de 2016, Exp. 11001-03-06-000-2016-00066-00 (2291). Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria, ver sentencia del 14 de agosto de 2008, Exp. 16230, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Frente al principio de competencia o de distribución de materias, que opera como regla complementaria del principio de la jerarquía normativa, ver concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 14 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-06-000-2016-00066-00(2291), C.P. Edgar González López. Sobre la definición de la potestad reglamentaria, Sobre los límites de la potestad reglamentaria, ver sentencia del 18 de febrero de 2016, rad. 11001-03-24-000-2013-00018-00. Frente a los límites de la potestad reglamentaria, ver sentencia del 26 de agosto de 1999, Exp. 0133 (1714), C.P. Carlo Orjuela Góngora, sentencia del 9 de marzo de 2016, Exp. 11001-03-26-000-2009-00009-00(36312), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 18 de febrero de 2016, rad. 11001-03-24-000-2013-00018-00, Auto del 2 de febrero de 2005, rad. 28615, M.P. Alier Eduardo Hernández, sentencia del 1º de agosto de 2013, rad. 11001-03-25-000-2006-00102-00(1700-06), M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 27 de febrero de 2018, rad. 43.479, M.P. Adriana María Marín, concepto del 16 de abril de 2015, rad. 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223), M.P. William Zambrano Cetina, concepto del 18 de junio de 2014, rad.

-03-06-000-2013-000193-00(2143), M.P. Germán Bula Escobar, sentencia de 14 de abril de 2010, rad. 36054, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 29 de octubre de 2012, rad. 39.043, M.P. Danilo Rojas Bencourt, sentencia del 9 de marzo de 2016, rad. 2009-00009-00(36312), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 12 de marzo de 2015, rad. 2008-00060-00(2174-12), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, y de la Corte Constitucional, sentencias C 377 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas, sentencia C148 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y sentencia C 606 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. Sobre la normatividad que regula los procedimientos administrativos, ver sentencias de la Corte Constitucional C 252 de 1994 y C 510 de 2004. Sobre la existencia de reserva legal en materia de las causales de rechazo de las propuestas de concesión minera, ver auto del 22 de agosto de 2016, Exp. 53180, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, auto del 22 de agosto de 2016, Exp. 54645, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, auto del 15 de marzo de 2018, Exp. 57917, M.P. María Adriana Marín, de 21 de junio de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, auto del 15 de febrero de 2018, Exp. 56660, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sobre la inexecutable del artículo 20 de la Ley 1382 de 2010 que modificó el artículo 274 de la Ley 685 de 2001, ver sentencia de la Corte Constitucional C 366 de 2011; M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 6 de julio de 2020, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación: 11001-03-26-000-2013-00114-00 \(48183\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / POTESTAD REGLAMENTARIA / TITULARIDAD DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / POTESTAD DE LA RAMA EJECUTIVA / PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / FACULTAD PARA EXPEDIR REGLAMENTOS – Es distinto a la potestad reglamentaria y no tienen la misma jerarquía que los decretos del Presidente / JERARQUÍA NORMATIVA / PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Tesis: “El Presidente es el único titular de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de que, para algunos ámbitos de regulación, el constituyente haya asignado a otros órganos constitucionales competencias para expedir reglamentos. Esas competencias, en todo caso, son “distintas de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República”. Su naturaleza excepcional y taxativa no alcanza para afirmar que ellas constituyan un sistema policéntrico que difumine la potestad presidencial, que la convierta en una

competencia ordinaria que se ejerza en una especie de sinergia horizontal, constante y ordinaria con los demás órganos de la Administración. Es posible que, además, otras autoridades administrativas adopten medidas de carácter general para hacer cumplir la ley, en su ámbito de competencia y nivel de subordinación. Sin embargo, como consecuencia del control de subordinación propio de la organización administrativa, esos reglamentos no tienen la misma jerarquía que los del Presidente.”

RESERVA DE LA LEY / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO LEGAL – No puede ser creado o modificado mediante acto administrativo / DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / PRECEDENTE JUDICIAL / ASUNTOS MINEROS / RESERVA LEGAL - Se mantiene una reserva de ley ordinaria que protege las formas propias del procedimiento como parte del núcleo esencial de ese derecho

Tesis 2: “En este caso el desconocimiento de la reserva de ley no estuvo determinado por la violación de -lo que la sentencia llamó derecho- a la iniciativa privada, ni por el desconocimiento de la potestad del legislador para expedir códigos. (...) El precedente más cercano en la jurisprudencia, sobre vicios de ilegalidad por este tipo excesos en materia minera, es una sentencia de esta misma Subsección: En esa oportunidad la Sala recordó que, respecto del derecho fundamental al debido proceso, se mantiene una reserva de ley ordinaria que protege las formas pro-

pias del procedimiento como parte del núcleo esencial de ese derecho. Le está vetado a la Administración, en consecuencia, crear términos, formalidades y cargas procesales, como hizo en este caso. Si la Administración se excede en su potestad reglamentaria y suplanta al legislador diseñando los elementos procesales que están reservados al debate democrático, abre espacio a la arbitrariedad y al abuso de su posición, que es, precisamente, el mal que el constituyente quiso evitar.”

EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / TÉRMINOS ADMINISTRATIVOS - La fijación de términos a una actuación administrativa corresponde de manera exclusiva y excluyente al legislador / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / TÉRMINO LEGAL – No puede ser creado o modificado mediante acto administrativo / DEBIDO PROCESO / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Los términos no pueden ser sustraídos arbitraria y unilateralmente por la administración, so pena de sorprender a los ciudadanos y desconocer el debido proceso / SILENCIO LEGISLATIVO – La potestad reglamentaria no permite llenar dichos vacíos / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁMBITO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Tesis 3: “La Sentencia concluyó que, “si bien no se agregó una nueva causal de rechazo de las propuestas de contratos de concesión minera”, la Administración sí invadió contenidos normativos exclusivos de la reserva legal. En mi concepto, esta conclusión presenta una incoherencia interna en el argumento que soportó la declaratoria de nulidad de los actos demandados. Creo que en la Sentencia quedó claro que la Administración sí creó una nueva causal de

rechazo que no estaba prevista en la ley, consistente en no allegar los documentos de soporte de la solicitud en un término de tres días. Es decir que la Administración se excedió porque creó esa causal de rechazo con base en un término procesal que, al margen de su brevedad, sólo podía haber establecido el Legislador.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 6 de julio de 2020, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación: 11001-03-26-000-2013-00114-00 \(48183\) A.V. consejero Alberto Montaña Plata.](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / DECRETO 935 DE 2013 / CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FACULTAD REGLAMENTARIA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / PROPUESTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – Las consideraciones contenidas en los numerales 17.6, 17.7 y 17.8 en tanto no son argumentos de legalidad y, por tanto, no son de competencia de la Sala

Tesis: “Aunque comparto la decisión de acceder a las pretensiones de la demanda adoptada en la sentencia del 6 de julio de 2020, me aparto de las consideraciones contenidas en los numerales 17.6, 17.7 y

17.8 en tanto no son argumentos de legalidad y, por tanto, no son de competencia de la Sala.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 6 de julio de 2020, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación: 11001-03-26-000-2013-00114-00 \(48183\) A.V. consejero Martín Bermúdez Muñoz.](#)

5. Se absuelve al Estado por ejecución de obras adicionales autorizadas por el interventor en contrato suscrito con las EPM.

Síntesis del caso: *Entre la Sociedad PROCOPAL S.A. y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN (contratista) se suscribió el contrato N. 1/DJ-1481/23 del 25 de julio de 1995, que tuvo por objeto la construcción de redes y acometidas de acueducto, tanque de almacenamiento y obras complementarias bajo programas de reposición de redes, reordenamiento de circuitos y ampliación de la disponibilidad del servicio de acueducto...* El contrato tuvo una vigencia inicial de 570 días calendario. Su valor y plazo tuvieron cambios a través de Actas de Modificación Bilateral al Contrato suscritas por las partes. La demandante, reclama el reconocimiento económico por cantidades de obra adicional y extra que ejecutó en desarrollo del contrato, con fundamento en el acuerdo que realizó.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Exclusivo en favor de los suscriptores o usuarios en su relación con las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – No se extiende a las relaciones con los contratistas de las empresas de servicios públicos domiciliarios / CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA ANALOGÍA / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Problema Jurídico 1: *¿La omisión de respuesta por parte de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN a las solicitudes efectuadas por su contratista, en desarrollo de contratos celebrados bajo el régimen de la Ley 142 de 1994, configura silencio administrativo positivo contemplado en el numeral 16 del artículo 25 la Ley 80 de 1993?*

Tesis 1: “La versión original del artículo 158 de la Ley 142 de 1994, que era la norma vigente para la época en que se suscribió el contrato objeto de la litis, prescribía la configuración del silencio administrativo positivo, pero exclusivamente en favor de los suscriptores o usuarios en su relación con las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Dicha normativa no puede extenderse en beneficio de los contratistas de tales empresas y en relación con las peticiones o reclamaciones que ellos presentan ante aquellas entidades dentro del marco de la ejecución de contratos sujetos al derecho privado en virtud de la voluntad legislativa de privilegiar la autonomía negocial en esas relaciones. Y es que, los contratos suscritos por las entidades que prestan servicios públicos domiciliarios, al tener su marco

normativo en el derecho privado por mandato de la Ley 142 de 1994, no admite la aplicación extensiva o por analogía del numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, que hace referencia a la configuración del silencio administrativo cuando la entidad pública no responde de manera oportuna las solicitudes que realice el contratista durante la ejecución del contrato, no sólo porque aceptar dicha interpretación vendría contra el principio de taxatividad que gobierna la materia del silencio administrativo positivo, sino porque entrañaría desconocimiento del parámetro hermenéutico de la especialidad de la ley, contemplado en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, que subrogó el artículo 10 del Código Civil. En ese orden de ideas, la Sala siguiendo su jurisprudencia, concluye que las peticiones que no sean contestadas por las empresas de servicios públicos en el marco de una relación contractual regulada por la Ley 142 de 1994, seguirán las normas generales sobre las peticiones, es decir, se entenderán resueltas de manera negativa, en los términos del artículo 40 del CCA.”

FACULTADES DEL INTERVENTOR – Por la naturaleza del contrato de interventoría, el interventor no puede actuar como representante de la entidad contratante

Problema Jurídico 2: *¿El interventor puede realizar actos propios del contratante (EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN) durante la ejecución de un contrato exceptuado del régimen de contratación estatal y, en virtud de ello, comprometer a este último frente al contratista?*

Tesis 2: “[L]a Sala considera que, desde la arista de la naturaleza del contrato, el interventor no se puede considerar como representante de la entidad contra-

tante, sino que su actuación es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, con el fin de desempeñar el control y vigilancia de la correcta ejecución de las actividades contratadas. Por lo tanto, si el interventor realiza actos que implican modificaciones o nuevos acuerdos distintos al originario, se estaría extralimitando de sus funciones y los efectos de tales actos jurídicos serían inoponibles a la entidad contratante, es decir no la vincularían ni la comprometerían frente al contratista.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 01 de junio de 2020, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 05001-23-31-000-2000-03439-01\(47101\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. Para demostrar los descuentos comerciales condicionados otorgados a clientes no es exigible la factura.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2010 presentada por un contribuyente, en el sentido de rechazar parcialmente la deducción por descuentos comerciales condicionados que registró, porque de la verificación con terceros encontró que solicitó mayores valores y que le dio el tratamiento de descuento a costos y gastos por servicios de publicidad que le prestaron los clientes, para cuya deducción se requiere la respectiva factura. La Sala anuló parcialmente los actos acusados y reconoció parte de los descuentos condicionados rechazados, en especial, aquellos que esa entidad desconoció por falta de factura, porque concluyó que no se trataba de costos y gastos por la contraprestación de servicios de publicidad, sino de verdaderos descuentos comerciales, para lo cual reiteró que su procedencia no se sujeta a la presentación de dicho documento, dada su forma de contabilización. Además, confirmó el desconocimiento de algunos de los mayores valores registrados, porque la contribuyente no logró justificarlos

DESCUENTO COMERCIAL CONDICIONADO - Noción y características. Reiteración de jurisprudencia / DESCUENTO COMERCIAL CONDICIONADO – Prueba. No exigencia de factura. Reiteración de jurisprudencia / DESCUENTO COMERCIAL CONDICIONADO - Contabilización. Reiteración de jurisprudencia / DEDUCCIÓN POR DESCUENTOS COMERCIALES CONDICIONADOS - Procedencia

Problemas Jurídicos: ¿El valor desconocido del renglón 55 -otras deducciones- [\$17.933.284.139] atiende a descuentos comerciales condicionados del año gravable 2010, según lo alega la actora, o, como lo concluyó la DIAN, \$5.798.342.312 constituyen un mayor valor de tales descuentos y los \$12.134.941.827 restantes son costos y gastos por servicios de publicidad prestados por los clientes a la contribuyente, para cuya deducción se requiere de la respectiva factura?

Tesis: “[L]a Sala reitera que los denominados descuentos comerciales condicionados son aquellos que el proveedor ofrece, sujetos a una condición futura e incierta, que se estipula previamente de acuerdo con las políticas comerciales o situaciones especiales, que, de cumplirse, surge para el comprador el derecho al descuento ofrecido. Los descuentos condicionados “no figuran en la factura de venta o del servicio porque estos solo se registran contablemente hasta tanto se hagan efectivos, es decir, en el momento en que se cumplan las condiciones exigidas para su otorgamiento” (...) En los mismos términos, la Sección precisó que “En los descuentos condicionados, el valor total de la factura se contabiliza en el ingreso de quien concede el descuento, al momento en que ésta se expide. Y, cuando se cumple la condición, se registra el descuento como un gasto financiero en la cuenta 530535 – ‘descuentos comerciales condicionados’ (...) Está demostrado en el expediente que los \$12.134.941.827 que la DIAN

consideró como “costos y gastos” y que desconoció por falta de factura, son descuentos comerciales condicionados que LG otorgó a Telefónica Móviles Colombia S.A., Falabella de Colombia S.A. y Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour al verificar el cumplimiento de la condición, sin que para su reconocimiento como descuento requiera de factura (...) Así, la aducida prestación de servicios de publicidad de los clientes Telefónica Móviles Colombia S.A., Falabella de Colombia S.A. y Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour a LG, no está acreditada, pues no se probó la existencia de contratos de tal naturaleza. Por el contrario, están acreditadas las ofertas mercantiles en las que LG ofrece a sus clientes descuentos condicionados por diversas estrategias de promoción de ventas, que cumplidas las condiciones dan derecho al comprador el descuento ofrecido y otorgado constituye para el vendedor descuento financiero deducible que no requiere factura para su reconocimiento. Es preciso destacar que como política interna, LG utiliza la estrategia comercial denominada **cooperation-advertising [CO-AD]**” o de cooperación y publicidad, regulada en el “Anexo A” que está en el expediente, la que se aplica a todos los clientes con los que haya firmado una oferta mercantil, cuyo fin es desarrollar, en conjunto con el destinatario de la oferta, cualquier tipo de promoción en ventas con la finalidad de aumentar en el corto plazo el interés de los clientes hacia la compra

de un producto específico, por lo que recibirá un incentivo, esto es, un precio inferior al precio base de los productos que se están promocionando. Dicho anexo establece la fórmula de cálculo y el trámite que el interesado debe agotar para la legalización de las condiciones comerciales que, autorizadas, culmina con la generación de la nota crédito respectiva (...) [S]e concluye que LG no demostró que el **mayor valor** determinado oficialmente a Comunicación Celular S.A. Comcel, Colombiana de Comercio S.A. Corbeta, Alcosto y Supertiendas y Droguerías Olímpica hace parte del valor de los descuentos condicionados solicitados, pues aunque con el requerimiento especial tuvo conocimiento de la diferencia que la DIAN le desconoció por dicho concepto, en el expediente no hay evidencia de la justificación de dicha diferencia, ni de que haya intentado la conciliación de cifras. Respecto a Falabella, si bien se acreditó la

naturaleza de descuentos condicionados que la administración calificó como “costos y gastos”, lo cierto es que frente el “mayor valor” determinado oficialmente no aportó elementos de prueba para desvirtuarlo, pues no acreditó la veracidad del monto de los descuentos condicionados solicitados. De otra parte, en el expediente hay prueba de la conciliación de cifras de Telefónica Móviles Colombia S.A. y Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour, a las que se hizo referencia en el apartado anterior, de las que se encontró acreditado el valor total que la DIAN desconoció por los descuentos condicionados otorgados a Telefónica, que se acepta y probados los descuentos condicionados a Carrefour, salvo los \$11.506.300, que no justificó y que por tanto se desconocen. En resumen, en esta providencia se aceptan descuentos condicionados por \$13.806.002.991 y se confirma el desconocimiento de \$4.127.281.148.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 20 de agosto de 2020, C.P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2014-00799-01 \(23459\).](#)

2. El régimen tributario aplicable a la fusión de sociedades es el vigente en la fecha en que se otorga la escritura pública que protocoliza la fusión.

Síntesis del caso: *La Compañía de Negocios e Inversiones M.G.S de RL absorbió a la sociedad Inversiones M.G. S.A.S. en un proceso de fusión que se protocolizó con escritura pública del 23 de noviembre de 2012, fecha en la que se solicitó la inscripción de dicho documento en el registro mercantil, el cual se efectuó el 17 de enero de 2013. El 3 de agosto de 2013 se pidió la cancelación de la inscripción en el RUT de la sociedad absorbida, petición que la DIAN negó con el argumento de que la fusión se perfeccionó con la inscripción en el registro mercantil, por lo que dicha sociedad no cumplió con la obligación de presentar y pagar la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2012 y de la fracción del año 2013. La Sala anuló parcialmente los actos que negaron la cancelación del RUT porque concluyó que el régimen tributario aplicable a la fusión es el que se encuentre vigente en la fecha en la que se otorgue la escritura pública mediante la cual se formaliza el acuerdo de fusión, pues en ese momento se perfecciona el negocio jurídico y la absorbente adquiere los derechos y obligaciones de la absorbida. En consecuencia, estimó que la firma absorbida solo estaba obligada a presentar la declaración del impuesto sobre la renta por la fracción del año gravable 2012 hasta la formalización de la fusión, pero no por el año 2013, porque para ese periodo ya no era contribuyente de ese tributo.*

FUSIÓN DE SOCIEDADES - Existencia / ACUERDO DE FUSIÓN DE SOCIEDADES - Formalización / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Oponibilidad / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Perfeccionamiento y eficacia / EFECTOS TRIBUTARIOS O FISCALES DE LA FUSIÓN DE SOCIEDADES - Iniciación / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Régimen tributario aplicable / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Efectos tributarios o fiscales respecto de la sociedad absorbente. Reiteración de jurisprudencia / CESIÓN DE CUOTAS SOCIALES - Eficacia y perfeccionamiento / EXTENSIÓN A LA FUSIÓN DE SOCIEDADES DE LAS REGLAS DE PERFECCIONAMIENTO Y EFICACIA DE LA CESIÓN DE CUOTAS SOCIALES PROTOCOLIZADA EN LA MISMA ESCRITURA PÚBLICA - Improcedencia

Problema Jurídico 1: *¿Cuándo se entiende perfeccionada la fusión societaria mediante la cual se absorbió la sociedad cuya inscripción en el RUT se negó a cancelar la DIAN y, en consecuencia, cual es el régimen tributario aplicable a dicha fusión?*

Tesis 1: “Para tipos societarios como el analizado, el negocio jurídico de fusión se perfecciona y es eficaz para las partes desde que el acuerdo de fusión se formaliza mediante escritura pública, independientemente de cuándo se inscriba en el registro mercantil, lo que solo tiene fines de oponibilidad. Lo anterior guarda armonía con el artículo 1.º del Decreto 852 del 2006, reglamentario del entonces existente artículo 14-1 del ET, según el cual «a partir del momento en que se formalice el acuerdo de fusión, la sociedad absorbente o la nueva que surge de la fusión adquirirá los derechos de carácter tributario de la sociedad o sociedades absorbidas». Con esa formulación, el ordenamiento tributario reconoció que la fusión existe jurídicamente desde que se encuentra cumplida la formalidad *ad solemnitatem* correspondiente y, por ello, desde ese momento asigna consecuencias tributarias a las partes de la fusión. También el artículo 319-8 del ET, adicionado por la Ley 1607 de 2012, refleja la premisa planteada, pues señala que la sociedad absorbente adquiere la calidad de deudora solidaria en materia tributaria desde que se «*perfeccione*» la fusión. Por lo expuesto, la Sala considera que, para aquellos tipos societarios en los cuales las reformas estatutarias se deben formalizar mediante escritura pública, la norma tributaria aplicable a la fusión que se lleve a cabo es aquella que se encuentre vigente en la fecha en la que se otorga la correspondiente escritura. En ese momento se perfecciona la fusión y la absorbente adquiere los derechos y obligaciones de la absorbida (artículos 172 y 178 *ibidem*). Esa eficacia entre las partes de la fusión, reflejada en la adquisición de activos, pasivos y derechos en los términos de la ley mercantil, es la que interesa a efectos del impuesto sobre la renta y

ha sido objeto de asignación de consecuencias tributarias por el legislador tributario con los artículos 14-1 (durante su vigencia) y 319-3 a 319-9 del ET (...) [E]n el caso enjuiciado la Sala concluye que la fusión por absorción de la sociedad de responsabilidad limitada inscrita en el RUT se perfeccionó, y existe como negocio jurídico entre las partes intervinientes, en la fecha en que se formalizó el acuerdo de fusión mediante escritura pública, esto es, el 23 de noviembre de 2012. No es de recibo el planteamiento de la demandada en el sentido de extender al negocio jurídico de fusión la regla de perfeccionamiento y eficacia que preceptúa el artículo 366 del CCo para la cesión de cuotas sociales. Según ese precepto, la cesión de cuotas se perfecciona y tiene eficacia cuando se inscribe en el registro mercantil la respectiva escritura pública, regla que no es aplicable al caso por cuanto se ocupa de un negocio jurídico distinto, con un régimen autónomo y diferenciado en materia de existencia y eficacia de aquel que está previsto para el negocio jurídico de fusión. Por la misma razón, la Sala tampoco comparte la apreciación de la demandada, según la cual, si la cesión de cuotas y transformación societaria quedaron perfeccionadas el 17 de enero de 2013 con la inscripción en el registro mercantil, no era posible que la fusión existiera desde el 23 de noviembre de 2012 con la formalización del acuerdo de fusión mediante la escritura pública. Tal planteamiento no toma en cuenta que se trata de tres actos y negocios jurídicos distintos, cada uno de ellos con reglas particulares de existencia, validez y eficacia (oponibilidad), que no se ven alteradas o derogadas por la mera cuestión fáctica de que en la misma escritura pública se protocolizaron todos ellos; de manera que la unidad de instrumento público no implica unidad en el régimen jurídico de todos ellos y, en todo caso, la Sala advierte que la fusión fue aprobada por los socios que tenía la absorbida antes del registro de la referida cesión de cuotas.”

FUSIÓN DE SOCIEDADES - Régimen tributario aplicable / FUSIÓN DE SOCIEDADES - Perfeccionamiento / OBLIGACIÓN DE LA SOCIEDAD ABSORBIDA DE PRESENTAR Y PAGAR LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS EN PROCESOS DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN - Finalización / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO QUE NIEGA CANCELACIÓN DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO RUT – Ilegalidad parcial

Problema Jurídico 2: *¿La sociedad absorbida estaba obligada a presentar la declaración del impuesto sobre la renta por la totalidad del periodo gravable del 2012 y por una fracción del 2013, como lo*

estimó la DIAN al negar la solicitud de cancelación de la inscripción en el RUT?

Tesis 2: “[C]ontrariamente a lo sostenido en los actos demandados, se concluye que la sociedad absorbida no estaba obligada a presentar declaración del impuesto sobre la renta por el año gravable 2013, por no ser contribuyente del impuesto para ese periodo en atención a la fusión perfeccionada en el 2012; por la misma razón, no le resultan aplicables a la reorganización societaria enjuiciada en este proceso los preceptos que sobre fusiones gravadas incorporó la Ley 1607 de 2012 al ET. En cuanto al año gravable 2012, la sociedad absorbida sí que estaba obligada a presentar declaración del impuesto sobre la renta por la fracción de año que finaliza en la fecha de la formalización del acuerdo de fusión mediante escritura pública (artículo 595 del ET). 8- En la medida en

que no está acreditado en el expediente que la demandante hubiera atendido los deberes relativos a la presentación y pago de la declaración del impuesto sobre la renta correspondiente a la fracción de año de 2012, carga probatoria que de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP) recaía sobre la parte actora, la Sala avala que la demandada hubiere negado la solicitud formulada por su contraparte. Pero declarará la nulidad parcial de los actos acusados para especificar que a efectos de proceder a la cancelación de la inscripción en el RUT solo se tendría que acreditar la presentación y pago de la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2012 de la sociedad absorbida, que no una declaración correspondiente al periodo 2013 por las razones estudiadas en el presente proveído”.

Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García

CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO RUT - Verificación del cumplimiento de las obligaciones administradas por la DIAN. Alcance / SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO RUT - Finalidad y alcance / VERIFICACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ADMINISTRADAS POR LA DIAN PARA EFECTOS DE LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO RUT - Efectos jurídicos / ACTO QUE NIEGA LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO RUT - Naturaleza jurídica / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO QUE NIEGA LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO RUT - Improcedencia / DECISIÓN DE LA SOLICITUD DE CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO RUT - Alcance y efectos jurídicos / DETERMINACIÓN DE IMPUESTOS E IMPOSICIÓN DE SANCIONES TRIBUTARIAS - Procedimiento

Tesis: “El fundamento de la Administración para negar la cancelación del RUT fue el parágrafo del artículo 17 del Decreto 2460 de 2013, según el cual: “*El trámite de cancelación, estará sujeto a la verificación del cumplimiento de todas las obligaciones administradas por la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) (...).*” El alcance de la verificación a cargo de la DIAN se refiere al cumplimiento de obligaciones ciertas, sobre las cuales no hay discusión. Deudas por impuestos, sanciones o intereses. En ningún caso puede ser la oportunidad para plantear discusiones para cuya determinación se han establecido procedimientos especiales. La solicitud de cancelación del RUT por parte de los contribuyentes o responsables de tributos nacionales tiene una finalidad informativa. El interesado le da a conocer a la Administración la desaparición del sujeto o la finalización del ente, con posterioridad a su ocurrencia. Básicamente le comunica que la persona jurídica ya se extinguió por liquidación, fusión o escisión; o bien que la sucesión se liquidó; o finalizó el consorcio o unión temporal; cesó actividades el

establecimiento permanente; entre otras circunstancias. En caso que la Administración considere que se omitió el cumplimiento de alguno de los deberes formales, la ley prevé los procedimientos especiales para reclamar su cumplimiento, como la resolución de sanción o las liquidaciones oficiales, trámites que tienen prevista la garantía del debido proceso de los particulares. En el caso concreto, la administración consideró que se omitió el deber de presentar las declaraciones de renta de la sociedad, pero, en lugar de proferir un emplazamiento para declarar, que permitía el ejercicio del derecho de defensa del contribuyente, utiliza un procedimiento diferente al legalmente previsto, como fue negar la cancelación del registro único tributario. Debo advertir en este punto, que estos aspectos no fueron invocados por la parte demandante. Por último, la Sala debe discutir si el acto que niega la cancelación del registro único tributario es objeto de control jurisdiccional. En mi opinión, se trata de un acto que no crea, extingue o modifica la situación jurídica del contribuyente. Como indique es un trámite declarativo, si se

quiere informativo. Su resolución positiva no extingue obligaciones ciertas del contribuyente y su negativa tampoco las crea. Como ya indiqué, los impuestos se determinan a través de liquidaciones oficiales, y a su vez el incumplimiento de deberes

formales se sanciona también a través de resoluciones que imponen sanciones. En esa medida considero que no es pasible de control judicial.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 30 de julio de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2015-00005-00 \(21606\).](#)

3. La Sala precisa que la exención del ICA sobre la actividad de extracción de hidrocarburos no tiene carácter absoluto, sino condicional, pues, los ingresos derivados de dicha actividad se pueden gravar con ICA cuando la cuota liquidada por el impuesto sea mayor al valor a que tenga derecho el municipio por concepto de regalías.

Síntesis del caso: *Se declaró la legalidad de los apartes demandados del artículo 4 del Acuerdo 023 de 2004, por el cual el Concejo de Puerto Boyacá reguló la tarifa del impuesto de industria y comercio, entre otras actividades industriales, para la de extracción de hidrocarburos. La Sala concluyó que el parámetro para juzgar la legalidad de las normas municipales que gravan con el ICA la actividad de explotación de hidrocarburos y gas no es el artículo 16 del Código de Petróleos, como se alegó en la demanda, sino el ordinal 2 del artículo 39 de la Ley 14 de 1983, por ser una ley posterior que regula de forma especial la exención a la explotación de hidrocarburos respecto del ICA, cuyo alcance normativo no fue modificado por el artículo 27 de la Ley 141 de 1994. Preciso que, con fundamento en la citada Ley 14 de 1983, los municipios están facultados para gravar la explotación de canteras y minas (distintas de sal, esmeraldas y metales preciosos), pero que se deben abstener de cobrar el ICA cuando las regalías a las que tenga derecho la entidad territorial sean iguales o superiores a lo que correspondería pagar por concepto de ICA, supuesto de hecho que solo es verificable en cada caso particular, sin que de ello se derive una ilegalidad de la disposición acusada, razón por la cual negó su nulidad.*

PROHIBICIÓN DE GRAVAR LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE PETRÓLEO Y SUS DERIVADOS CON TRIBUTOS O IMPUESTOS TERRITORIALES O LOCALES - Alcance. Reiteración de jurisprudencia / EXENCIÓN DE IMPUESTOS TERRITORIALES O LOCALES PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE PETRÓLEO Y SUS DERIVADOS - Fundamento jurídico y alcance / EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO ICA SOBRE LA ACTIVIDAD DE EXTRACCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE HIDROCARBUROS, GAS, SUS DERIVADOS Y SIMILARES - Vigencia. Reiteración de jurisprudencia / EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO ICA SOBRE LA ACTIVIDAD DE EXTRACCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE HIDROCARBUROS, GAS, SUS DERIVADOS Y SIMILARES - Alcance. No es una exención absoluta, sino condicional y permite la coexistencia del impuesto y de las regalías / EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO ICA SOBRE LA ACTIVIDAD DE EXTRACCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DE HIDROCARBUROS, GAS, SUS DERIVADOS Y SIMILARES - Fundamento jurídico. No es el artículo 16 del Código de Petróleos, sino la letra c) del ordinal 2 del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 / CONTROL DE LEGALIDAD DE NORMAS MUNICIPALES QUE GRAVAN CON EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO ICA LA ACTIVIDAD DE EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS Y GAS - Parámetro de análisis / IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO ICA - Facultad impositiva municipal. Alcance del artículo 39 de la Ley 14 de 1983 / ARTÍCULO 4 DEL ACUERDO 023 DE 2004 MUNICIPIO DE PUERTO BOYACÁ – Legalidad

Problema Jurídico: *¿Las actividades de exploración y explotación del petróleo, del gas, sus derivados y similares, pueden ser gravadas con el impuesto de industria y comercio o, por el contrario, están exentas del ICA de manera absoluta conforme al artículo 16 del Código de Petróleos?*

Tesis: “[L]a exención preceptuada en el artículo 16 del Código de Petróleos, reafirmada mediante la Ley 141 de 1994, no es de carácter absoluto, toda vez que por cuenta de la Ley 14 de 1983 derivó en una «exención condicional». Esa condición opera en el sentido de que los ingresos originados en actividades de explotación de canteras y minas, diferentes de sal, esmeraldas y metales preciosos, pueden ser gravados con el referido tributo cuando el valor a que tenga derecho la jurisdicción municipal por concepto de regalías sea inferior al monto correspondiente a la cuota liquidada por concepto de ICA; de modo que, tanto el cobro del impuesto como de las regalías coexisten. Pero, en caso de que lo que se pague por regalías sea igual o superior al ICA causado en la jurisdicción municipal, el ingreso percibido por el sujeto pasivo por la realización de dichas actividades estará exento del impuesto (...) En relación con todo lo expuesto, la Sala destaca que, mediante sentencia C-335 de 1996, la exención de que trata la letra c., ordinal 2.º, del artículo 259 del Código de Régimen Municipal (que codificó el artículo 39 de la Ley 14 de 1983) fue declarada constitucional bajo la consideración de que la misma encuentra fundamento en el artículo 334 del Texto Supremo, que asigna al Estado la dirección general de la economía y, además, en que a favor de ella reposan razones de equidad, «pues lo que se deja de percibir por el impuesto de industria y comercio, se compensa, al menos, con las regalías o participaciones que percibe el municipio». 6- Con todo, esta Sección en la sentencia del 26 de septiembre de 2011 (exp. 18213; Martha Teresa Briceño de Valencia), se apartó de la línea jurisprudencial previa que aplicaba la aludida exención condicional prevista en la ley 14 de 1983 (compilada en el Decreto Ley 1333 de 1986), para considerar que el municipio no podía gravar la explotación de hidrocarburos en ningún caso, conforme al artículo 16 del Código de Petróleos de 1953. Para ello, se utilizó como fundamento lo considerado por la Corte Constitucional en las sentencias C-567 de 1995 (que declaró constitucional el artículo 27 de la Ley 141 de 1994), C-221 de 1997 (que declaró inconstitucional el artículo 233 del Decreto Ley 1333 de 1986) y C-537 de 1998 (que declaró constitucional el inciso primero del artículo 16 del Código de Petróleos), en las que decidió que los impuestos específicos a la acti-

vidad de explotación de recursos naturales no renovables son incompatibles con el pago de regalías. Sin embargo, la Corte Constitucional revocó expresamente el criterio jurídico antes referido. Al respecto, la sentencia C-669 de 2002 indica que «si bien en las Sentencias C-221/97 y C-987/99 se señaló la imposibilidad de que coexistieran impuesto y regalía [...] la Corte debe retomar dicha jurisprudencia para precisar [...] que regalía y tributos bien pueden coexistir en este campo, toda vez que la Constitución no impone la incompatibilidad a que aluden esas decisiones»; y luego la sentencia C-1071 de 2003 advirtió expresamente que «los anteriores criterios jurisprudenciales fueron revisados posteriormente por la Corte, y actualmente no constituyen precedentes vigentes [...] A partir de todo lo anterior, puede concluirse lo siguiente: [...] b) el cobro de regalías es constitucionalmente compatible con el cobro de impuestos a la explotación de recursos no renovables y; c. corresponde al legislador establecer si al tiempo con el cobro de regalías, establece impuestos a la explotación de recursos no renovables». Por ello, la Sala estima conveniente precisar que desapareció la *ratio decidendi* con fundamento en la cual esta Sección llegó a concluir en el pasado que la actividad de explotación de hidrocarburos estaba exenta del ICA bajo el artículo 16 del Código de Petróleos. Lo anterior porque se estableció que, por las normas posteriores a dicha codificación, la exención debatida no tenía un carácter absoluto, lo cual ha reconocido la propia Corte Constitucional. 7- En términos más específicos, tomando en consideración la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional, la Sala estima que en el artículo 16 del Código de Petróleos se encuentra una exención general, pero que de modo particular, en cuanto se refiere al impuesto de industria y comercio, el legislador estableció una exención en la letra c. del ordinal 2.º del artículo 39, de la Ley 14 de 1983. En consecuencia, para juzgar la juridicidad de normas municipales que gravan con el ICA la actividad de explotación de hidrocarburos y gas, el parámetro de legalidad no está dado por el Código de Petróleos como lo pretende la demandante, sino por el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 (codificado en el artículo 259 del Decreto Ley 1333 de 1986), esto, en atención a que es una ley posterior que regula de manera especial la exención respecto del impuesto de industria y comercio, cuyo alcance normativo es respetado por el artículo 27 de la Ley 141 de 1994. Es por ello que la Sala considera que, con fundamento en la citada norma de la Ley 14 de 1983, los municipios se encuentran facultados para gravar la explotación de canteras y minas (diferentes de sal, esmeraldas y metales preciosos), pero deben abstenerse de realizar el cobro del impuesto cuando las

regalías a que tenga derecho la entidad territorial sean iguales o superiores a lo que correspondería pagar por concepto de ICA. Esta norma de exención es la que no puede ser transgredida por el gravamen establecido en las disposiciones acusadas, sin embargo, dada la naturaleza del supuesto de hecho de la exención, tal presupuesto fáctico solo puede verificarse en casos particulares, sin que de ello derive

una ilegalidad de las normas acusadas. Por tanto, dado que la norma censurada no transgrede el ordenamiento superior señalado por la demandante (artículos 16 del Decreto 1056 de 1953 y 27 de la Ley 141 de 1994), ni el artículo 39, letra c. del ordinal 2.º, de la Ley 14 de 1983, prospera el cargo de apelación de la demandada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de septiembre de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodriguez, radicación: 15001-23-31-000-2012-00238-01 \(23936\).](#)

4. Se anulan los incisos 4, 5 y 7 del artículo 15 y el artículo 16 del Decreto 650 de 1996, reglamentario del impuesto de registro.

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los artículos 6 (literales h y l), 7, 14 inciso tercero en forma parcial; 15 incisos tercero (parcial), cuarto, quinto y séptimo y 16 del Decreto 650 de 1996, por el cual se reglamentó parcialmente la Ley 223 de 1995, en lo relacionado con el impuesto de registro. La Sala declaró ilegales los incisos 4 y 5 del artículo 15, que fijaban un término de 5 días para solicitar la devolución del pago de lo no debido del referido tributo, cuando se negaba o rechazaba el registro porque el acto no era registrable, o se desistía de la solicitud, al concluir que ese plazo infringía las normas superiores, dado que no lo fijaba el Decreto 2314 de 1989, que reglamentaba las devoluciones previstas en el Estatuto Tributario al momento de la expedición del acto acusado. Se anuló el inciso 7 del mismo artículo 15, que fijaba un plazo de entre 5 y 15 días para que la entidad recaudadora efectuara la devolución, porque estimó que, ante la falta de regulación al respecto en la Ley 223 de 1995, se aplicaba el artículo 855 del Estatuto Tributario, que para la fecha de expedición del acto acusado establecía un término de 30 días. La Sala también anuló el artículo 16 del Decreto 650, que ordenaba aproximar al múltiplo de 100 más cercano los valores resultantes de la liquidación del impuesto y de la sanción por extemporaneidad en la presentación de la solicitud de registro, porque concluyó que la aproximación se debe hacer al múltiplo de 1000 más cercano, según lo disponen los artículos 577 y 803 del Estatuto, aplicables al asunto por mandato del artículo 235 de la Ley 223 de 1995.*

SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO DE REGISTRO CUANDO SE RECHAZA O NIEGA LA SOLICITUD DE REGISTRO PORQUE EL ACTO NO ES REGISTRABLE O CUANDO HAY DESISTIMIENTO DE LA SOLICITUD - Alcance de los incisos 4 y 5 del artículo 15 del Decreto 650 de 1996 / TÉRMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO DE REGISTRO CUANDO SE RECHAZA O NIEGA LA SOLICITUD DE REGISTRO PORQUE EL ACTO NO ES REGISTRABLE O CUANDO HAY DESISTIMIENTO DE LA SOLICITUD - Falta de regulación en la Ley 223 de 1995 / PROCEDIMIENTO TRIBUTARIO Y RÉGIMEN SANCIONATORIO EN EL IMPUESTO DE REGISTRO - Normativa aplicable. Reiteración de jurisprudencia. Aplicación del Estatuto Tributario por mandato del artículo 235 de la Ley 223 de 1995 / IMPUESTO DE REGISTRO - Término para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido. Alcance de la sentencia de 31 de julio de 2009 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado (Expediente 16577) / TÉRMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DE PAGOS DE LO NO DEBIDO EN EL IMPUESTO DE REGISTRO - Ilegalidad de los incisos 4 y 5 del artículo 15 del Decreto Reglamentario 650 de 1996 / TÉRMINO PARA EFECTUAR LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO DE REGISTRO - Ilegalidad del inciso 7 del artículo 15 del Decreto Reglamentario 650 de 1996

Problema Jurídico 1: *¿Los apartes acusados de los incisos 4, 5 y 7 del artículo 15 del Decreto 650 de 1996 infringen las normas superiores en que se debían fundar y se expidieron con desviación de poder?*

Tesis 1: “[L]os incisos cuarto y quinto de la disposición acusada establecen que el interesado debe presentar la solicitud de devolución dentro de los 5 días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto que niega el registro o a la fecha del desistimiento. Y el inciso séptimo dispone que la entidad recaudadora tendrá un término de 5 días para realizar las verificaciones procedentes y hacer efectiva la devolución. Pero este término será ampliado a 15 días cuando la devolución deba hacerla directamente el departamento. Debe tenerse en cuenta que las hipótesis de los incisos cuarto y quinto corresponden al pago de lo no debido porque en ambos casos no se configura el hecho generador, pues no se hizo efectivo el registro. [...] De otro lado, la ley bajo análisis no dispone nada en cuanto a la devolución del tributo cuando no se realice la inscripción por desistimiento del interesado. Ahora bien, el artículo 235 de la Ley 223 de 1995 dispone que los departamentos deben aplicar las normas del Estatuto Tributario relacionadas con el procedimiento tributario y las sanciones, por lo que son aplicables las normas del orden nacional en cuanto al pago de lo no debido. [...] El Ministerio de Hacienda y Crédito Público afirmó que estas normas no son aplicables porque en el impuesto de registro no se presenta una declaración, por lo que es necesario regular un trámite especial para la devolución. Sin embargo, esto ya fue objeto de análisis por esta Sala en la sentencia del 31 de julio de

2009 (exp. 16577, CP. Héctor Romero Díaz). En ella se analizó la devolución del pago de lo no debido en el impuesto de registro y se concluyó que deben aplicarse los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997, reglamentario de las devoluciones previstas en el Estatuto Tributario, según los cuales el término para solicitar la devolución es el mismo término de prescripción de la acción ejecutiva del artículo 2536 del Código Civil, es decir de 5 años. La Sala precisa que la sentencia del 31 de julio de 2009 fue proferida en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controvirtieron hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del Decreto 1000 de 1997. Sin embargo, el decreto que reglamentaba las devoluciones previstas en el Estatuto Tributario al momento de la expedición del acto acusado era el 2314 de 1989, que tampoco dispuso que la petición de devolución del pago de lo no debido se presente dentro de los 5 días. Así las cosas, atendiendo los criterios jurisprudenciales citados, los términos de 5 días para solicitar la devolución del pago de lo no debido del artículo 15 del Decreto 650 de 1996, sea porque fue negado el registro o porque fue desistido, infringen las normas superiores por no estar previstos en el Decreto 2314 de 1989. De forma idéntica ocurre respecto del término para hacer efectiva la devolución de 5 o de 15 días, pues la Ley 223 de 1995 no establece ningún término especial, por lo que es aplicable el artículo 855 del Estatuto Tributario, que para el momento de la expedición del acto acusado establecía un término de 30 días (actualmente de 50 días). Así las cosas, el inciso séptimo de la disposición acusada también desconoce las normas superiores.”

PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN OFICIAL Y RÉGIMEN SANCIONATORIO EN EL IMPUESTO DE REGISTRO - Normativa aplicable. Aplicación del Estatuto Tributario por mandato del artículo 235 de la Ley 223 de 1995 / APROXIMACION AL MÚLTIPLO DE CIEN MÁS CERCANO EN VALORES RESULTANTES DE LA LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO DE REGISTRO Y DE LA SANCIÓN POR EXTEMPORANEIDAD EN EL IMPUESTO DE REGISTRO - Ilegalidad del artículo 16 del Decreto 650 de 1996

Problema Jurídico 2: *¿El artículo 16 del Decreto 650 de 1996 infringe las normas superiores en que se debían fundar y se expidió con desviación de poder?*

Tesis 2: “El artículo 16 del Decreto 650 de 1996 dispone que los valores resultantes de la liquidación del impuesto de registro y de la sanción por extemporaneidad se aproximarán al múltiplo de 100 más cercano. Empero, teniendo en cuenta que esta se trata

de una obligación formal al indicar el método de liquidación del tributo, deben aplicarse las normas procedimentales y sancionatorias del Estatuto Tributario por mandato del artículo 235 de la Ley 223 de 1995. Así las cosas, la aproximación debe hacerse al múltiplo de 1000 más cercano, según lo disponen los artículos 577 y 802 del Estatuto Tributario, por lo que este cargo debe prosperar”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de septiembre de 2020, C. P. \(E\) Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2014-00051-00 \(21206\).](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Se negó la nulidad del acto por medio del cual se designó a la directora general de la Corporación Autónoma Regional del Tolima —CORTOLIMA.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de designación de la directora general de la Corporación Autónoma Regional del Tolima – CORTOLIMA, alegando el demandante que (i) se le vulneró el debido proceso y el derecho de defensa al no permitirle interponer recurso de reposición contra la decisión que lo excluyó de la lista de elegibles para el cargo de director general; y, (ii) que hubo infracción de la norma superior que consagra la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, en la medida que se le impidió participar en el proceso de elección al olvidar anexar oportunamente su tarjeta profesional. La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de considerar que (i) al actor no se le vulneró el debido proceso toda vez que intervino en la fase de observaciones y obtuvo una respuesta del Consejo Directivo, en atención a las reglas de la convocatoria; y que, (ii) siendo las reglas de la convocatoria pública de obligatorio cumplimiento, las hojas de vida con los documentos soporte para acreditar el cumplimiento de los requisitos, debían allegarse en la fase de inscripción y no con posterioridad a ésta.*

CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – Competencia del Consejo Directivo para designar a su director / CONVOCATORIA PÚBLICA – Etapas / DEBIDO PROCESO – No se vulneró / CONVOCATORIA PÚBLICA – Sus reglas son de obligatorio cumplimiento / CONVOCATORIA PÚBLICA – Carácter preclusivo de sus etapas / TARJETA PROFESIONAL – No se allegó en la etapa de inscripción

Problema Jurídico: *¿El Acuerdo No. 019 de 1 de noviembre de 2019 por medio del cual el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, designó como directora general a la señora Olga Lucía Alfonso Lannini, está incurso en causal de nulidad por desconocimiento del debido proceso y el derecho de defensa, consagrado en el artículo 29 e infracción de la norma superior respecto del artículo 228 de la Constitución Política de Colombia, dado que i) se excluyó al señor Hugo Giraldo Barrera de la lista preliminar de candidatos, al no haber aportado copia de su tarjeta profesional al momento de la inscripción, sino en una etapa posterior y pese a que en los anexos de su hoja de vida existían documentos que daban cuenta de su condición profesional; y (ii) no haberle dado la opción de interponer el recurso de reposición, en los términos del artículo 74 del CPACA, contra la decisión del Consejo Directivo de negar su inclusión en la lista de admitidos, y, en consecuencia, excluirlo de la lista final de elegibles?*

Tesis: “[E]l Consejo Directivo de CORTOLIMA expidió el Acuerdo 015 del 12 de agosto de 2019 [convocatoria pública], cuyas fases fueron claramente establecidas de la siguiente manera: 1.- Aviso de convocatoria pública. (...). 2.- Inscripción de aspirantes. (...). 3.- Apertura de la urna triclave. (...). 4.- Verificación de cumplimiento de requisitos. (...). 5.- Aprobación y publicación de lista de candidatos. (...). 6.- Fase de observaciones. (...). 7.- Conformación de lista definitiva de Elegibles. (...). 8.- Elección del Director General. (...). Argumenta el demandante que

se le violaron las garantías del debido proceso, dado que el Consejo Directivo, al negar su inclusión en lista definitiva de elegibles no le otorgó la posibilidad de interponer ningún recurso. (...). [E]l Consejo Directivo estableció la convocatoria y en ella reglamentó el ejercicio del derecho de contradicción de los aspirantes a ocupar el cargo, disponiendo una fase de “observaciones” dirigida a permitir que los interesados pudieran presentar sus reclamaciones al “Informe de Verificación de Requisitos”, elaborado por la Comisión Especial y aprobado por el Consejo Directivo. (...). En este orden, no le asiste razón al demandante cuando señala que se le vulneró el derecho al debido proceso por cuanto no se le brindó la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción en el procedimiento de elección, pues, es claro, que el actor hizo uso efectivo del mecanismo previsto para tal efecto, en el artículo séptimo del Acuerdo 015 de 2019 y obtuvo una respuesta del Consejo Directivo, en atención a las reglas de la convocatoria. (...). Así, destaca la Sala, que el Acuerdo 015 de 2019, por medio del cual se adoptó la convocatoria pública para esta elección, es clara en señalar, en su artículo 3°, que con la inscripción de los postulantes se debía allegar la hoja de vida acompañada de todos los documentos soportes que acreditaran el cumplimiento de los requisitos enunciados en el artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015, entre los cuales se menciona en el literal d) la “tarjeta profesional”. (...). Además, se previó en la misma disposición, que las hojas de vida junto con documentos anexos, se depositarían en una urna triclave,

justamente para evitar la alteración del número de inscritos, como la posibilidad de allegar nuevos documentos, por fuera de la etapa de inscripción. (...). La precisión referida a los documentos anexos a la hoja de vida fue previamente advertida en las reglas de la convocatoria al señalar que en el “Formato de Registro de Inscripción”, se dejaría constancia del número de folios anexos, como signo de transparencia y objetividad del proceso. (...). A su turno, la Comisión Especial de Verificación, solamente podía tener como requisitos acreditados aquellos allegados por los participantes en “Etapa de inscripción de aspirantes. (...). De todo lo anterior se concluye que el

señor Hugo Giraldo Barrera incumplió la carga de allegar la documentación completa relacionada con su hoja de vida, al habersele olvidado aportar la copia de su tarjeta profesional al momento de la inscripción, tal como lo reconoce en el libelo introductorio, omisión que intentó subsanar en la fase de observaciones al Informe de Verificación de Requisitos que, como quedó dicho, no fue diseñada para allegar nueva documentación, sino para referirse “exclusivamente a los documentos aportados por el candidato en el momento de su inscripción.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 27 de agosto de 2020, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2019-00091-00.](#)

2. Se confirmó la decisión que decretó la suspensión provisional del acto de elección de la contralora municipal de Sincelejo.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad, con solicitud de suspensión provisional, del acto de elección de la contralora municipal de Sincelejo, alegando que la demandada estaba inhabilitada por haber ejercido autoridad al desempeñarse como contralora encargada, dentro de los doce meses anteriores a su elección y que durante su gestión ejerció control fiscal sobre el concejo municipal. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que decretó la suspensión provisional, señalando frente a los argumentos de la apelación, (i) que la variación de la jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con la extensión de la inhabilidad prevista en el artículo 95-2 de la Ley 136 de 1994 a los contralores municipales, ante la previsión inhabilitante dispuesta en el artículo 272 superior, corresponde realmente a una adecuación de la jurisprudencia a los cambios constitucionales; (ii) que la aplicación de la inhabilidad legal prevista para alcaldes en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 199, usada en este caso frente al cargo de contralor, no afecta derechos fundamentales pues goza de presunción de constitucionalidad; (iii) que son compatibles la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 con la constitucional prevista en el inciso 10 del artículo 272 Superior; y, (iv) que no son de recibo las comparaciones entre el cargo de contralor y el de personero municipal, pues se trata de cargos que tienen funciones, formas de provisión y regulación distinta.*

INHABILIDAD DEL CONTRALOR – Adecuación de la jurisprudencia a los cambios constitucionales / INHABILIDAD DEL CONTRALOR – La aplicación de la inhabilidad legal del numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 no afecta derechos fundamentales / INHABILIDAD DEL CONTRALOR - Coexistencia de la inhabilidad constitucional con la inhabilidad legal / INHABILIDAD DEL CONTRALOR – Régimen diferente al de los personeros

Problema Jurídico: *La Sala deberá abordar las siguientes temáticas que se plantearon en los cargos de apelación: (a) ¿Se vulneró el criterio de ponderación por extender una inhabilidad legal que no ha sido aplicada unívocamente en la jurisprudencia dada la existencia de una inhabilidad de rango constitucional? (b) ¿Se presenta una restricción de derechos fundamentales en la interpretación que acompaña la inhabilidad constitucional del Artículo 272 con*

la prevista en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 a los contralores municipales de cara a la comprensión del artículo 5 del Pacto de Internacional de Derecho Civiles y Políticos? (c) ¿Modifica el Acto Legislativo No. 4 de 2019 que subrogó el artículo 272 la jurisprudencia del Consejo de Estado que supone la coexistencia de la inhabilidad que allí se establecía con el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 para los contralo-

res? (d) ¿Es aplicable la jurisprudencia que ha indicado que para los personeros no son extensibles las inhabilidades del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 a los contralores?

Tesis: “Según (...) la demandada la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido variable en relación con la extensión de la inhabilidad prevista en el artículo 95-2 de la Ley 136 de 1994 a los contralores municipales, ante la previsión inhabilitante dispuesta en el artículo 272 Superior; sin embargo, precisa la Sala que en realidad lo que se ha presentado es una adecuación de la jurisprudencia a los cambios constitucionales. (...). [L]as variaciones en la jurisprudencia han obedecido a la necesidad de ajustar la interpretación conforme a los cambios constitucionales. (...). A juicio del apelante hay dos opciones posibles para interpretar el artículo 272 con la modificación del Acto Legislativo 4 de 2019, por lo tanto, se debe optar por la menos restrictiva de los derechos fundamentales. (...). En este aspecto, coincide la Sala con el Tribunal Administrativo de Sucre cuando dispuso que la norma que establece las inhabilidades para los contralores municipales –art. 163 de la Ley 136 de 1994- señala que la remisión allí prevista a las causales de inhabilidad de los alcaldes es procedente “en lo que sea aplicable” pues goza de presunción de constitucionalidad. (...). De lo anterior se desprende que no se afectan derechos fundamentales por aplicar la inhabilidad [en mención], toda vez que ella se justifica en la afectación grave de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, pues supone que quienes siendo empleados públicos de los órganos de control territorial ejerzan autoridad política, civil o administrativa en el respectivo nivel y puedan simultáneamente ejercer su candidatura con la capacidad de influencia que le otorga la investidura y la respectiva autoridad en relación con la corporación encargada de hacer

la correspondiente elección, rompiendo las condiciones de igualdad en la competencia por el acceso al cargo. (...). En el presente caso, la inhabilidad legal en cuestión es complemento a la inhabilidad constitucional, pues prima facie resulta clara e indudable con las pruebas del plenario, que quien fungió como contralora del municipio realizó ejercicio de autoridad administrativa frente al órgano elector, lo cual desequilibró la contienda electoral, impidiendo la igualdad entre los candidatos a contralor. (...). [S]e advierte que al reconocer que es compatible la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 con la constitucional prevista en el inciso 10 del artículo 272 Superior, en tanto protegen finalidades diversas, es menester recordar que la inhabilidad prevista en la ley supone la configuración de tres elementos (...): a) Objetivo. Ejercer como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar. b) Temporal. Ejercer el cargo dentro de los doce meses anteriores a la fecha de elección. c) Territorial. Ejercer el cargo en el mismo municipio en el que se aspira quedar elegido. (...). [P]ara la Sala es claro que el desempeño del cargo de Contralora Municipal de Sincelejo (en su condición de encargo) implicó el ejercicio de autoridad administrativa. (...). En consecuencia, la Sala encuentra cumplidos los elementos configurativos de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que surge de la confrontación de las pruebas aportadas con la demanda. (...). Por último, no son de recibo las comparaciones que el apoderado de la demandada pretende hacer con el cargo de personero municipal y los pronunciamientos que sobre el particular ha realizado la jurisprudencia del Consejo de Estado, por tratarse de cargos que tienen funciones, formas de provisión y regulación distinta.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 15 de octubre de 2020, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 70001-23-33-000-2020-00035-01.](#)

3. Se decretó la suspensión provisional del acto de elección del alcalde municipal de Manaure La Guajira.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad, con solicitud de suspensión provisional, del acto de elección del alcalde municipal de Manaure La Guajira, aduciendo que el demandado está incurso en inhabilidad debido a que su hermano, siendo rector de la Universidad de La Guajira, ha ejercido autoridad civil y administrativa en el municipio de Manaure. El Tribunal administrativo de La Guajira negó la solicitud de suspensión provisional, decisión que fue revocada por la Sala, para en su lugar*

decretar la suspensión de los efectos del acto de elección acusado, teniendo en cuenta que se demostró que el hermano del alcalde del municipio de Manaure, ejerció autoridad administrativa desde el cargo de Rector de la Universidad de La Guajira, en el mismo municipio y durante el periodo inhabilitante.

INHABILIDAD DEL ALCALDE POR PARENTESCO CON AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Acreditación de los elementos que configuran la causal / PRUEBA DE PARENTESCO – Acreditación con diferentes medios probatorios / RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE LA GUAJIRA – Conlleva el ejercicio de autoridad administrativa

Problema Jurídico: *¿Se acreditó en debida forma el grado de parentesco que existía entre el demandado y el rector de la Universidad de La Guajira, a falta de los registros civiles de nacimiento? ¿El señor Juan José Robles Julio se encuentra inhabilitado para ejercer el cargo de Alcalde de Manaure, La Guajira, periodo 2020-2023, porque su hermano ejerció, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de su elección, autoridad civil y administrativa al ostentar el cargo de rector de la Universidad de La Guajira?*

Tesis: “De acuerdo con este antecedente y destacando que el demandado según lo informado por el Coordinador del Servicio Nacional de Inscripción tiene inscrito su nacimiento en la oficina Registraduría Municipal Manaure, La Guajira desde 9 de septiembre de 1966, es claro que para poder demostrar su estado civil se requiere, como medio de prueba principal el acta de registro civil de nacimiento por haber acaecido en vigencia de la Ley 92 de 1938. (...). [L]a tesis vigente [para la Sala] se finca en que no se desconoce la idoneidad del registro civil como prueba de parentesco por excelencia, lo que ocurre es que cuando no se cuente con dicho documento público o del mismo no ofrezca la claridad necesaria para comprobar el hecho en cuestión, el juez debe procurar por la búsqueda de la verdad a través de otros elementos de convicción que se encuentren a su alcance. (...). [L]a Sala ha permitido que, en sede del proceso de nulidad electoral, el parentesco se demuestre con diferentes medios probatorios, en aras de que dicha posibilidad no se restrinja a la existencia del registro civil de nacimiento a la hora de analizar si el demandado está o no inhabilitado. Ahora bien, (...) la Sala destaca que si bien es cierto el actor omitió acompañar la prueba principal requerida para demostrar el parentesco con el cual pretende acreditar la configuración de la causal de inhabilidad

(...), también lo es que aportó Oficio de 17 de octubre de 2019, suscrito por la Dirección Nacional de Registro Civil (...) documento público [que] brinda la información necesaria para tener por demostrado el parentesco de los señores Juan José Robles Julio (demandado), (...) y Carlos Arturo Robles Julio (su hermano), (...), en la medida que (...) da cuenta de que los mencionados son hijos de los mismos padres. (...). [E]ncuentra la Sala que el actor si bien no aportó los registros civiles de nacimiento para probar el parentesco que alega en su demanda, acudió a un documento público que resulta procedente para dar cuenta de dicha situación. (...). [P]ara este colegiado no hay duda alguna en lo relacionado con que el hermano del demandado es rector de la Universidad de La Guajira, tal y como se desprende del material probatorio allegado con la solicitud de suspensión provisional, que tiene el carácter departamental y que por ende comprende al municipio de Manaure y que este ente educativo, además cuenta con sede en dicho municipio. (...). [E]n efecto, el señor Carlos Arturo Robles Julio, hermano del demandado, en su calidad de Rector de la Universidad de La Guajira, (...) tiene asignadas funciones desde las cuales puede ejercer autoridad administrativa a nivel departamental, lo que involucra al municipio de Manaure, por ser uno de los entes territoriales que integran el departamento de La Guajira. (...). En conclusión, como se demostró en esta etapa inicial del proceso, es lo cierto que el demandado Juan José Robles Julio está incurso en la causal de que trata el numeral 4º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, para ser alcalde de Manaure, La Guajira, pues su hermano desde de cargo de rector de la Universidad de La Guajira, tenía autoridad administrativa en el mismo municipio durante el lapso inhabilitante.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 10 de septiembre de 2020, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 44001-23-40-000-2019-00184-01.](#)

4. Se negó la nulidad del acto de elección de un diputado a la Asamblea Departamental de Norte de Santander.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de un diputado a la Asamblea Departamental del Norte de Santander, aduciendo que el hijo del diputado electo se inscribió por el mismo partido político, Centro Democrático, como candidato al Concejo Municipal de Bochalema - Norte de Santander en elecciones que se realizaron el mismo día. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había declarado la nulidad de la elección, para en su lugar revocarla y negar las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la inhabilidad por coexistencia de inscripciones de candidatura vicia solamente a la segunda inscripción y, dado que el demandado fue el primer inscrito, no le aplica la inhabilidad.*

NULIDAD ELECTORAL – Coexistencia de inscripciones / COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES DE CANDIDATURA ELECTORAL – La segunda inscripción es la que se vicia de nulidad / COEXISTENCIA DE INSCRIPCIONES DE CANDIDATURA ELECTORAL – Su configuración no requiere que el primer inscrito sea elegido

Problema Jurídico: *¿Se equivocó el Tribunal al aplicar la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, porque únicamente recae sobre la segunda persona inscrita, y además porque se requiere que ambos candidatos de quienes se predica la coexistencia de inscripciones queden elegidos?*

Tesis: “[E]sta Sala no coincide con el a quo puesto que, desde el año 2013, la Sección Quinta del Consejo de Estado tiene una posición que no ha variado, en relación con la interpretación que debe hacerse de la inhabilidad de coexistencia de inscripciones, en cuanto a que solo afecta al segundo candidato inscrito. (...). Así las cosas, la debida interpretación que debe hacerse de la causal del numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es que solo afecta al segundo inscrito, puesto que cuando se inscribe el primero, no hay vicio alguno que lo inhabilite. (...). [E]sta Sala precisa que como la causal solo afecta al segundo de los inscritos, puesto que al momento en que se realiza la inscripción ya había un pariente

suyo inscrito previamente, lo cual vicia esa inscripción, lo que se requiere es que solo el segundo quede elegido, es decir, es indistinto si el primero queda o no elegido, para que se pueda demandar la elección del segundo inscrito. En este contexto, se reitera que es la segunda inscripción la que estaría viciada de nulidad, y en consecuencia dicha inscripción puede ser revocada por el Consejo Nacional Electoral, o de llegar a quedar elegida la persona, esa elección puede ser demandada y declarada nula por esta jurisdicción. De manera que, no se requiere la elección del primer inscrito, puesto que lo que fundamenta la inhabilidad es la coexistencia de inscripciones y no la coexistencia de elecciones, razón por la que basta con que el segundo sea elegido. Preciado lo anterior, se tiene que en este caso el demandado fue el primero en inscribirse, ya que lo hizo el 27 de julio de 2019 a las 10:44 de la mañana, mientras que el señor Carlos Alberto Otero Berbesi se inscribió ese mismo día a las 14:17. Por lo anterior, es claro que al ser el demandado el primero de los inscritos, esta causal de inhabilidad no es aplicable a su elección.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 24 de septiembre de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 54001-23-33-000-2019-00345-01.](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. Se declara competente a la Procuraduría General de la Nación para conocer de investigación disciplinaria en relación con dos empleados de la Rama Judicial en el marco de un proceso disciplinario por acoso laboral.

Síntesis del caso: “Suscitado conflicto positivo de competencias la Sala definió que, siendo la víctima y los presuntos disciplinados empleados judiciales en un caso donde se realizaban señalamientos por acoso laboral, la autoridad competente para dilucidar el asunto era el Ministerio Público, es decir, la Procuraduría General de la Nación”.

POTESTAD DISCIPLINARIA DEL ESTADO – Reiteración / EJERCICIO DEL CONTROL DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS DE LA RAMA JUDICIAL POR PARTE DEL SUPERIOR JERÁRQUICO / REGLA DE COMPETENCIA DE LA LEY 1010 DE 2006 – En el marco de un proceso disciplinario por acoso laboral / SERVIDOR PÚBLICO – Concepto / PROCESOS DISCIPLINARIOS DE EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES – Autoridad competente / CONDUCTA DE ACOSO LABORAL – Trámite cuando no se logra superar dentro de la instancia administrativa inicial / SALAS DISCIPLINARIAS DEL CONSEJO SUPERIOR Y SECCIONALES – Competencia cuando agresor y víctima son funcionarios judiciales / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Competencia cuando víctima y acosador son empleados judiciales

Problema Jurídico 1: “Definir cuál es la autoridad competente para conocer de la investigación disciplinaria núm. E-2019-286462 / D-2019-1311547, adelantada contra los señores William Mauricio Solarte y Fabio Sebastián Acosta, oficial mayor y sustanciador del Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto.”

Tesis: “De manera reiterada ha expresado la Sala que la potestad disciplinaria del Estado sobre los servidores públicos está justificada en la necesidad de garantizar que en el ejercicio de sus funciones actúen con observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales guían la función administrativa (...) El artículo 115 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece la facultad disciplinaria respecto de los empleados judiciales (...) Con relación a esta disposición, esta Sala ha reiterado que la competencia disciplinaria se ejerce por la corporación, funcionario o empleado que tenga la calidad de superior jerárquico del investigado, y que la intervención de la Procuraduría General de la Nación en relación con los procesos disciplinarios de los empleados de la Rama Judicial es excepcional y sólo está prevista para los casos en que el Procurador General de la Nación ejerce la competencia preferente que le otorga la Constitución Política, hipótesis en la cual simplemente desplaza al superior jerárquico. En ese sentido, es importante

recordar que esta Sala también ha explicado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º de la misma Ley 270 de 1996, dentro de la Rama Judicial existe superior jerárquico tanto en el plano jurisdiccional o funcional como en el administrativo, «aunque con frecuencia tales calidades confluyan en un mismo servidor o en una misma corporación de la Rama Judicial». Esta interpretación es viable toda vez que dicho artículo (5º) precisamente advierte sobre la autonomía e independencia con que cuentan los funcionarios judiciales al disponer que: «ningún superior administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que debe adoptar en sus providencias». (Subrayó la Sala en esta oportunidad). Así, cuando en la Rama Judicial se habla de superior administrativo o jerárquico, se hace referencia al nominador del empleado o funcionario judicial (...) [E]l único criterio diferenciador que establece la ley para determinar la competencia de la autoridad que deba investigar los hechos presuntamente constitutivos de acoso laboral y aplicar las sanciones correspondientes, es el carácter de particular o de servidor público que tenga la víctima al momento de sufrir el acoso. Cuando la víctima es un particular, la autoridad competente es un juez laboral, quien debe aplicar el procedimiento previsto en el artículo 13 de la Ley 1010 y, en su defecto, lo dispuesto en el Código Procesal del Trabajo. Por el contrario, cuando la víctima es un servidor público, el

competente es el Ministerio Público, es decir, la Procuraduría General de la Nación o las personerías municipales o distritales, según el caso, y si se trata de funcionarios judiciales, el Consejo Superior de la Judicatura (Sala Disciplinaria) o la misma sala de los consejos seccionales de la judicatura. En tales eventos, el procedimiento que debe seguirse es el contenido en la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único). (...) [S]i la conducta de acoso laboral no se logra superar dentro de la instancia administrativa inicial (preventiva y correctiva) y se hace necesario iniciar una actuación disciplinaria, la Sala considera que se debe establecer si la presunta víctima y sus presuntos acosadores son servidores públicos y si son funcionarios o empleados judiciales, para así determinar qué autoridad debe iniciar o conocer del proceso disciplinario por acoso laboral. Lo anterior, debido a que si la víctima y los presuntos agresores son funcionarios judiciales la competencia será de la Sala Jurisdiccional

Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, pero si son empleados judiciales la competencia será del Ministerio Público, conforme a las competencias de ley, como se revisará más adelante. (...) [Q]uien estaría llamado en principio a conocer del proceso disciplinario en contra de los empleados judiciales es el superior jerárquico, no obstante, en el marco de los procesos disciplinarios iniciados por acoso laboral se debe tomar en cuenta la competencia contenida en el artículo 12 de la Ley 1010 de 2006, pues si la víctima y el presunto acosador son funcionarios judiciales será la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura las competentes para conocer del proceso disciplinario, pero si la víctima y el presunto acosador son empleados judiciales lo será el Ministerio Público, es decir la Procuraduría General de la Nación.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Auto del 27 de julio de 2020, C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación 11001-03-06-000-2020-00137-00 \(C\).](#)

2. Situación jurídica de las obligaciones calificadas como de difícil recaudo en los procesos de cobro coactivo originados en fallos de responsabilidad fiscal de considerable antigüedad.

Síntesis del caso: *“El Ministerio de Justicia y del Derecho consulta a la Sala sobre la aplicabilidad de la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria a los actos administrativos expedidos por la Contraloría General de la República en ejercicio de la función de control fiscal que ella ejerce. Inquire, igualmente, sobre la eventual aplicación de la regla de prescripción de la acción de cobro contenida en los artículos 2536 del Código Civil y 817 del Estatuto Tributario y sobre las actuaciones que deben ser emprendidas una vez tales actos administrativos resultan afectados por alguno de los fenómenos referidos.*

PÉRDIDA DE LA FUERZA EJECUTORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO – Figuras distintas / PROCESOS DE JURISDICCIÓN COACTIVA – Texto normativo aplicable / ENTES DE CONTROL FISCAL – No pueden interponer acciones ordinarias para cobrar obligaciones prescritas / PERSONAS REPORTADAS EN EL BOLETÍN DE RESPONSABILIDAD FISCAL POR OBLIGACIONES DE LARGA DURACIÓN – Procedimiento de exclusión / BOLETÍN DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Finalidad / DEPURACIÓN CONTABLE – Finalidad / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Proceso de depuración contable

Problema Jurídico 1: *“¿Los actos administrativos a que se refiere el artículo 92 de la Ley 42 de 1993 estarían sometidos a la pérdida de fuerza ejecutoria prevista en el numeral 3 del artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso*

Administrativo o a la prescripción del artículo 817 del Estatuto Tributario? (...) ¿cuál es el término que tiene la Administración para culminar un proceso de cobro coactivo?”

Tesis 1: “[L]os actos administrativos referidos en esta norma están sometidos al fenómeno de la pérdida de fuerza ejecutoria que se encuentra regulado en el numeral 3 del artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (...) Con fundamento en la remisión normativa contenida en el artículo 100 del CPACA, el proceso de cobro coactivo debe concluir dentro del término establecido en los artículos 817 y 818 del Estatuto Tributario. En consecuencia, la Contraloría debe finiquitar esta actuación administrativa en el lapso de cinco años, sin perjuicio de la posibilidad de disponer la suspensión de términos en la diligencia de remate, según se encuentra regulado en el artículo 818 del Estatuto Tributario. (...) Una vez se evita la configuración del fenómeno de la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos establecida en el artículo 91.3 del CPACA, queda asegurada la conservación del atributo de la ejecutoriedad de tales actos. Sin embargo, esto no implica que la pretensión de cobro pueda mantenerse de manera indefinida en el tiempo, ni mucho menos que el cumplimiento de dicha norma permita la «inacción de la Administración». Por el contrario, la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 817 y 818 del Estatuto Tributario establecen límites temporales ciertos en la materia. (...) [D]e acuerdo con lo previsto en el artículo 91 del CPACA, una vez se ha impedido la configuración del fenómeno de la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos no es procedente reiniciar el cómputo del término de cinco años para establecer la conservación del atributo de la ejecutoriedad de tales actos. No obstante, la remisión normativa ordenada por el artículo 100 del CPACA al Estatuto Tributario sanciona la eventual «inacción posterior de la Administración». (...) [A]l día siguiente de la notificación del mandamiento de pago se inicia la contabilización del término de la prescripción de la acción de cobro, razón por la cual debe obtenerse el pago completo de la obligación por parte del deudor en el término de cinco años. Lo anterior sin perjuicio de la posibilidad de disponer la suspensión de la diligencia de remate, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 818 del Estatuto Tributario. (...) [L]a posibilidad de interponer la acción civil ordinaria con el propósito de conseguir el pago de las obligaciones fiscales que se encuentran prescritas resulta improcedente en el caso del cobro de los fallos con responsabilidad fiscal y de las multas impuestas por la Contraloría.

Problema Jurídico 2: “En caso que proceda la pérdida de fuerza ejecutoria con exclusión del fenómeno prescriptivo, ¿cuáles serán los efectos para las obligaciones calificadas como de difícil cobro en los procesos de cobro coactivo originados en fallos de responsabilidad fiscal, que datan de mucho tiempo?”

Tesis 2: “En primer lugar, es necesario hacer alusión a la aparente antinomia que se presenta entre el artículo el artículo 60 de la Ley 610 de 2000 y el párrafo 1 del artículo 42 de la Ley 1952 de 2019. Al respecto, la Sala manifiesta que, una vez transcurridos los términos señalados en el párrafo 1 del artículo 42 de la Ley 1952 de 2019 sin que se haya cancelado la indemnización correspondiente, deja de ser oponible la inhabilidad que acarrea la expedición de un fallo con responsabilidad fiscal. De igual manera, vencido el término en cuestión, las contralorías territoriales quedan obligadas a informar esta situación a la Contraloría General de la República para que esta elimine la anotación del boletín de responsables fiscales, boletín que tiene un carácter eminentemente informativo y no sancionatorio. En segundo lugar, la Sala encuentra oportuno hacer referencia al proceso de depuración contable ordenado por el párrafo 4 del artículo 163 de la Ley 1753 de 2015, en el caso específico de la Contraloría General de la República, respecto de los fallos con responsabilidad fiscal. De conformidad con los argumentos expuestos en este concepto, la Sala concluye que la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales sí se encuentran llamadas a participar en la actuación administrativa de depuración contable. En concreto, por las razones anteriormente señaladas, tienen el deber de elaborar los informes que den cuenta del acaecimiento de las causales consignadas en el párrafo 4 del artículo 163 de la Ley 1753 de 2015. Igualmente, están obligadas a excluir tales obligaciones de su gestión de cobro, de tal suerte que puedan concentrar sus esfuerzos en el recaudo de las demás obligaciones que no se vean afectadas por las circunstancias señaladas en la disposición. Por último, deben remitir la anterior información a las entidades que han sufrido el detrimento patrimonial detectado, de modo que ellas puedan realizar el cruce de cuentas correspondiente.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 27 de marzo de 2019, C.P. Germán Alberto Bula Escobar, radicación 11001-03-06-000-2018-00154-00 \(2393\).](#)

3. Autoridad competente para conocer de una queja anónima por algunas presuntas irregularidades en la Universidad del Cauca.

Síntesis del caso: *“Presentada queja disciplinaria anónima contra el rector de la Universidad del Cauca la Sala determinó que, para inadmitir una queja, descartar o dar inicio a una indagación preliminar u ordenar el inicio de una indagación preliminar respecto de los hechos denunciados la competencia recaía en la Procuraduría General de la Nación.”*

GRUPO DE CONTROL DISCIPLINARIO DE LA UNIVERSIDAD DEL CAUCA – Funciones / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA UNIVERSITARIA – Alcance / UNIVERSIDAD PÚBLICA – Naturaleza / UNIVERSIDAD DEL CAUCA – Naturaleza jurídica / QUEJA DISCIPLINARIA – Concepto / QUEJA ANÓNIMA – Como fundamento de un proceso disciplinario / COMPETENCIA PARA INVESTIGAR RECTOR DE LA UNIVERSIDAD – A cargo de la Procuraduría

Problema Jurídico: *“[D]efinir si la autoridad competente para pronunciarse sobre la queja anónima del 7 de diciembre de 2017 es la Procuraduría General de la Nación (Regional Cauca) o el Grupo de Control Interno Disciplinario de la Universidad del Cauca”*

Tesis: “[E]n virtud del principio de autonomía universitaria contenido en el artículo 69 de la Constitución Política, las universidades son entes autónomos e independientes, que pueden darse sus directivas y regirse por estatutos propios. (...) [L]a autonomía universitaria tiene manifestaciones en el plano académico, y también en el plano administrativo y financiero, en donde cobra relevancia todo lo referente con la organización interna de la institución superior, como medio o instrumento para hacer posible que las universidades tengan una independencia real y efectiva en el ámbito académico. En el ámbito administrativo, la autonomía permite que las universidades puedan dictarse sus propias normas y adoptar sus propias determinaciones en aspectos administrativos, financieros y también disciplinarios, dentro del marco de la Constitución y la ley. Ahora bien, la Universidad del Cauca es una institución de educación superior pública, del orden nacional, creada en Popayán mediante decreto del 24 de abril de 1827. El 5 de abril de 2013, el Ministerio de Educación Nacional otorgó la acreditación institucional de alta calidad por un periodo de 6 años y a través de la Resolución núm. 6218 del 13 de junio de 2019 renovó dicha acreditación institucional por un periodo de ocho años (...) [E]s una institución autónoma, y en razón a ello ha regulado, entre otros aspectos, su función disciplinaria a través del Acuerdo 007 de 2006 (...) De las funciones del Grupo de Control Disciplinario Interno se resaltan aquellas que indican que le corresponde adelantar las indagaciones preliminares originadas en quejas o por información

de terceros, y las de remitir a la Procuraduría las investigaciones que no pueda adelantar por incompetencia funcional o por impedimentos. Se podría concluir, de la normativa expuesta, que la Procuraduría General de la Nación sería la autoridad competente para conocer de las faltas disciplinarias del rector de la Universidad, en el evento de considerarse que sobre él recae la solicitud de control ciudadano (...) La Sala estima relevante referirse a la naturaleza de la queja, de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional. Dicha corporación ha señalado que es un mecanismo por el cual se pone en conocimiento del operador disciplinario la ocurrencia de una situación irregular, en la que ha participado un servidor público o un particular en ejercicio de funciones públicas, con el fin promover la investigación correspondiente. (...) [F]rente a la queja anónima, el citado artículo 69 ibidem advierte que no procederá, salvo que se cumplan los presupuestos de los artículos 38 de la Ley 190 de 1995 y 27 de la Ley 24 de 1992 que hacen referencia a la existencia de medios probatorios suficientes sobre la comisión de una falta disciplinaria que permitan adelantar la actuación de oficio (...) Teniendo en cuenta que lo pretendido es justamente que se verifique el actuar del rector, bien para descartar o para considerar el inicio de una indagación preliminar, la autoridad competente para el efecto es la Procuraduría General de la Nación. Ahora bien, dentro de la estructura de la Procuraduría General de la Nación, la competencia para conocer del asunto que se estudia, sería de la Procuraduría Regional del Cauca, dado que no se ha dado apertura de una investigación administrativa. Lo anterior, como se ha señalado, en razón de lo dispuesto en los artículos 25, numeral 1, literal b) y 75, numeral 4, ambos del Decreto 262 de 2000, en armonía con lo indicado en los artículos 74 y 76 de la Ley 734 de 2002, y el artículo 72 del Acuerdo 007 de 2006.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Auto del 3 de agosto de 2020, C.P. Édgar González López, radicación 11001-03-06-000-2020-00048-00 \(C\).](#)