

EDICIÓN

237

DICIEMBRE DE 2020

# BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



## #CEtrabajaencasa

República de Colombia

Consejo de Estado

PUBLICACIÓN MENSUAL

ISSN: 2711-385X

**Álvaro Namén Vargas**  
Presidente Consejo de Estado

## COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate  
Hernando Sánchez Sánchez  
Cesar 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 Divulgación y Prensa

## PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.  
Jurisprudencia y Conceptos.  
No. 237, diciembre 2020  
ISSN: 2711-385X  
[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

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



# CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL .....	4
I. NORMAS ANULADAS .....	5
II. NORMAS SUSPENDIDAS .....	6
III. EXHORTOS .....	6
IV. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN .....	8
V. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	13
VI. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	30
VII. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD .....	39
VIII. SECCIÓN PRIMERA .....	42
IX. SECCIÓN SEGUNDA .....	50
X. SECCIÓN TERCERA.....	60
XI. SECCIÓN CUARTA.....	68
XII. SECCIÓN QUINTA .....	78
XIII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL .....	88

# EDITORIAL

En la edición de final de año de nuestro Boletín, se registra como novedad jurisprudencial la última sentencia de unificación del 2020.

En esta importante decisión, se unificó la jurisprudencia de la Sección Cuarta en cuanto al alcance y el contenido de los requisitos de causalidad, necesidad y proporcionalidad establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, para la procedencia de las deducciones en el impuesto sobre la renta. La Sala fijó el alcance interpretativo de la mencionada disposición y estableció, como reglas jurisprudenciales de unificación, las siguientes: "1. Tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta. Para establecer el nexo causal entre el gasto y la actividad lucrativa, no es determinante la obtención de ingresos ni el enunciado del objeto social del sujeto pasivo. 2. Las expensas necesarias son aquellas que realiza razonablemente un contribuyente en una situación de mercado y que, real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta. La razonabilidad comercial de la erogación se puede valorar con criterios relativos a la situación financiera del contribuyente, las condiciones del mercado donde se ejecuta la actividad lucrativa, el modelo de gestión de negocios propio del contribuyente, entre otros. Salvo disposición en contrario, no son necesarios los gastos efectuados con el mero objeto del lujo, del recreo o que no estén encaminados a objetivos económicos sino al consumo particular o personal; las donaciones que no estén relacionadas con un objetivo comercial; las multas causadas por incurrir en infracciones administrativas; aquellos que representen retribución a los accionistas, socios o partícipes; entre otros. 3. La proporcionalidad corresponde al aspecto cuantitativo de la expensa a la luz de un criterio comercial. La razonabilidad comercial de la magnitud del gasto se valora conforme a la situación económica del contribuyente y el entorno de mercado en el que desarrolla su actividad productora de renta. 4. Los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta. 5. Las anteriores reglas jurisprudenciales de unificación rigen para los trámites pendientes de resolver en vía administrativa y judicial. No podrán aplicarse a conflictos previamente decididos.

También, los invitamos a consultar las providencias de asuntos constitucionales y de las diferentes Secciones y de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

A todos nuestros lectores les agradecemos su compañía durante este año 2020 y les deseamos una feliz Navidad y un próspero 2021, colmado de salud, bienestar y muchos éxitos.

# I. NORMAS ANULADAS

1. El Decreto 776 de 1996, *“Por el cual se dictan normas para el funcionamiento de los clubes profesionales”*, expedido por el Gobierno Nacional: El inciso tercero del artículo 4; la expresión *«efectos legales, será prueba suficiente»* del inciso tercero del artículo 5°; el inciso tercero del artículo 6°; las expresiones *«reglamentarias»* y *«la reincidencia en las violaciones anteriores dará lugar a la revocatoria del reconocimiento deportivo»* contenidas en el artículo 11; así como la integridad de los artículos 15 y 16.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de octubre de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2011-00257-00. \(ver página 45 de este boletín\).](#)

2. La Resolución 987 de 2007, *“Por medio de la cual se establece el procedimiento administrativo de las Investigaciones Administrativas adelantadas en desarrollo de las Funciones de Inspección, Vigilancia y Control”* y la Resolución 358 de 2008, *“Por medio de la cual se modifica la Resolución número 987 de agosto 22 de 2007...”*, expedidas por el Director General del Instituto Colombiano del Deporte.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de octubre de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2011-00-332-00. \(ver página 47 de este boletín\).](#)

3. La Resolución 12 de 2007, *“Por la cual se establece el Sistema de Pago de la Leche Cruda al Productor”*, expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural: El parágrafo del artículo 6 y el artículo 10.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de septiembre de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-27-000-2008-00024-00. \(ver página 48 de este boletín\).](#)

4. Las Resoluciones 7035 del 17 de septiembre de 2012, 7036 del 17 de septiembre de 2012 y 7086 del 19 de septiembre del 2012, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 26 de noviembre de 2020, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2013-00001-00 \(19894\) \(ver página 70 de este boletín\).](#)

## II. NORMAS SUSPENDIDAS

1. El Decreto 2087 de 2019, *“Por el cual se dictan medidas para el mantenimiento del orden público, en el marco de la garantía y respeto al derecho a la manifestación pública, pacífica y sin armas”*, expedido por el Presidente de la República: El artículo tercero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 9 de noviembre de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2019-00517-00. \(ver página 43 de este boletín\).](#)

2. Las Resoluciones 168 de 2015, *“Por medio de la cual se otorga una licencia ambiental y se toman otras determinaciones”*; y 726 de 2015, *“Por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición en contra de la Resolución 168 del 13 de febrero de 2015”*, expedidas por la AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES ANLA.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 14 de septiembre de 2020, C. P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2016-00149-00A. \(ver página 44 de este boletín\).](#)

## III. EXHORTOS

1. La Sección Quinta exhortó a la Magistrada Sustanciadora del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que, en lo sucesivo, las decisiones que resuelven las solicitudes de suspensión provisional en los procesos electorales sean adoptadas conforme a las reglas fijadas en el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

Sobre el particular señaló: “Observa la Sala que el auto de agosto diez del año en curso que admitió la demanda y resolvió la suspensión provisional de los efectos del acto acusado fue dictado por la magistrada sustanciadora de Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Al regular el trámite de esta figura en los procesos electorales, el artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispuso que “En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la Sala o Sección [...]”. Tratándose de una corporación como el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca es claro que, según el mandato establecido en la citada norma, la providencia debe ser dictada por la Sala y no por la magistrada ponente del proceso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 12 de noviembre de 2020, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 76001-23-33-000-2020-00895-01.](#)

## 2. La Sección Quinta exhortó a la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que, en lo sucesivo, resuelva en un mismo auto la admisión de la demanda y la medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

Sobre el particular señaló: “El artículo 277 de la Ley 1437 de 2011 dispuso el trámite que debe surtir para la admisión de la demanda cuando con ella se presenta una solicitud de medida cautelar, para ello estableció en su inciso final: “...En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, (...) debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación”. Del detalle de las actuaciones procesales, se tiene que el 14 de enero de 2020 el magistrado ponente admitió la demanda y el 20 de febrero del año en curso, la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta resolvió la medida cautelar, sin tener en cuenta que a partir de lo consagrado en el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, la petición de suspensión provisional debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda. Si bien, esta omisión no conlleva a materializar causal de nulidad que deba ser declarada, ello en virtud de lo consagrado en el artículo 207 del mismo compendio normativo, se le exhortará al a quo 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, sentencia de 19 de noviembre de 2020, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 50001-23-33-000-2020-00001-01.](#)

# SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

## Sección Cuarta unificó jurisprudencia sobre los criterios de aplicación de los requisitos para la deducción de gastos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

**Síntesis del caso:** *Se unificó la jurisprudencia de la Sección en cuanto al alcance y el contenido de los requisitos de causalidad, necesidad y proporcionalidad establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, para la procedencia de las deducciones en el impuesto sobre la renta. La Sala fijó el alcance interpretativo de la mencionada disposición y estableció, como reglas jurisprudenciales de unificación, las siguientes: “1. Tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta. Para establecer el nexo causal entre el gasto y la actividad lucrativa, no es determinante la obtención de ingresos ni el enunciado del objeto social del sujeto pasivo. 2. Las expensas necesarias son aquellas que realiza razonablemente un contribuyente en una situación de mercado y que, real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta. La razonabilidad comercial de la erogación se puede valorar con criterios relativos a la situación financiera del contribuyente, las condiciones del mercado donde se ejecuta la actividad lucrativa, el modelo de gestión de negocios propio del contribuyente, entre otros. Salvo disposición en contrario, no son necesarios los gastos efectuados con el mero objeto del lujo, del recreo o que no estén encaminados a objetivos económicos sino al consumo particular o personal; las donaciones que no estén relacionadas con un objetivo comercial; las multas causadas por incurrir en infracciones administrativas; aquellos que representen retribución a los accionistas, socios o partícipes; entre otros. 3. La proporcionalidad corresponde al aspecto cuantitativo de la expensa a la luz de un criterio comercial. La razonabilidad comercial de la magnitud del gasto se valora conforme a la situación económica del contribuyente y el entorno de mercado en el que desarrolla su actividad productora de renta. 4. Los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta. 5. Las anteriores reglas jurisprudenciales de unificación rigen para los trámites pendientes de resolver en vía administrativa y judicial. No podrán aplicarse a conflictos previamente decididos.*

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ALCANCE DE LOS REQUISITOS DE CAUSALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD PARA LA PROCEDENCIA DE LAS DEDUCCIONES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / DEDUCCIÓN DE EXPENSAS - Requisitos / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS – Alcance del artículo 107 del Estatuto Tributario. Reglas de unificación jurisprudencial / REGLAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ALCANCE DE LOS REQUISITOS DE CAUSALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS EXPENSAS DEL ARTÍCULO 107 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:** *¿El crédito mercantil deducido tenía relación de causalidad y necesidad con la actividad productora de renta de la demandante? ¿La amortización fiscal del crédito mercantil está condicionada a que la contribuyente hubiera percibido dividendos gravados durante el periodo 2009?*

**Tesis:** “3.1- Como regla general, en los términos del artículo 107 del ET, son deducibles de la renta bruta las expensas realizadas durante el período gravable en desarrollo de «cualquier actividad productora de renta», siempre que guarden relación de causalidad

con ella y, además, sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad. La necesidad y proporcionalidad se determinan «con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad», según precisa la misma norma. También agrega que se deben tener en cuenta «las limitaciones establecidas en los artículos siguientes», de lo cual deriva que si una deducción está normada en una disposición adicional –como ocurre con los artículos 142 y 143 del ET–, es del caso analizar la especial interacción que pueda surgir entre esta y aquellos requisitos de causalidad, necesidad y proporcionalidad del artículo 107 del ET, pues, en

ciertos casos normas especiales preceptúan connotaciones especiales que bien pueden flexibilizar o, por el contrario, tornar más estrictos los requisitos del citado artículo 107 para un tipo de expensa o erogación de modo particular. 3.2- Acerca de la relación de causalidad exigida por la norma, en armonía con el 178 *ibidem*, esta Sección ha sostenido que se refiere al nexo causa-efecto que debe existir entre la erogación y la actividad generadora de renta para el contribuyente, «*no como costo-ingreso, sino como gasto-actividad*». Para tales efectos, es pertinente señalar que el objeto social es un dato meramente indicativo de la actividad lucrativa desarrollada, de manera que no es una limitante para establecer, en el caso concreto, la actividad productora de renta respecto de la cual se elabora el nexo causal, pues este es un juicio fáctico que no debe confundirse con el jurídico atinente a la capacidad de la persona jurídica para celebrar negocios jurídicos; máxime cuando la descripción del objeto social puede estar reducida a «*cualquier actividad lícita*», como ocurre con las sociedades por acciones simplificadas (artículo 5.º, ordinal 5.º, de la Ley 1257 de 2008). Por otra parte, aunque la injerencia del gasto en la actividad empresarial del contribuyente puede probarse con el ingreso correlativo obtenido, esa no es la única prueba pertinente sobre la procedencia de la deducción, pues se podrá «*acreditar que si no se incurre en la erogación no es posible o se dificulta el desarrollo de la actividad generadora*» (sentencia del 11 de junio de 2020, exp. 22918, CP: Julio Roberto Piza). En definitiva, la relación de causalidad se verifica cuando la expensa se realiza en el desarrollo o ejecución de la actividad generadora de renta, aunque esta no genere ingresos o utilidades gravables durante el periodo o no esté enunciada en el objeto social, puesto que se parte de la premisa de que la creación, ejecución, conservación y mejora de toda actividad lucrativa conlleva incurrir en gastos. En cuanto al contenido del requisito de necesidad, esta judicatura ha indicado que la expensa debe intervenir directa o indirectamente en la obtención de ingresos, de forma que ayude a generarlos (...), sin que ello, precisa esta Sala, equivalga a que la aptitud productiva esté condicionada a la obtención efectiva de ingresos. Para valorar la necesidad de las expensas deducibles en cada situación particular, la Sala ha hecho especial énfasis en la aplicación de un juicio desde la óptica comercial a que alude el artículo 107 del ET (sentencia del 06 de agosto de 2020, exp. 22979, CP: Julio Roberto Piza). En esa oportunidad, se expuso que la «*necesidad*», exigida por la norma bajo análisis, no ha de ser una necesidad pura, sino una necesidad vista «*con criterio comercial*», «*teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad*», de modo que lo que cabe apreciar es si la expensa resulta requerida o provechosa para el desarrollo de la actividad productora de renta en situaciones de mercado. Bajo esas condiciones, las consideraciones relativas a si se está constreñido al gasto por una razón legal o contractual son ajenas a determinar si se supera o no el requisito de necesidad con criterio comercial, pues «*se hace ineludible para quien bien*

*gestiona sus negocios adelantar las acciones que, de manera real o potencial, coadyuven a la producción o aumento de las ganancias gravadas; o impidan el deterioro de la fuente productiva, ya sea preservándola, adaptándola a una situación de mercado u optimizándola*» (sentencia del 22 de febrero de 2018, exp. 20478, CP: Julio Roberto Piza). Conforme al criterio comercial, no son necesarios los gastos efectuados con el mero objeto del lujo, del recreo o que no estén encaminados a objetivos económicos sino al consumo particular o personal; las donaciones que no estén relacionadas con un objetivo comercial; las multas y sanciones causadas por la realización de infracciones administrativas; aquellos que representen retribución de los fondos propios (Sentencia del 11 de junio de 2020, exp. 23487, CP: Milton Chaves García), y los demás que en un caso concreto no satisfagan el alcance de la necesidad con criterio comercial. Con base en los anteriores criterios, la Sala considera que son necesarias las expensas que razonablemente devenga un contribuyente en una situación de mercado y que, real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta. Así, la necesidad vista con criterio comercial, esto es, en una situación de mercado, no está condicionada por la inevitabilidad o indispensabilidad, el carácter forzoso por causas legales o contractuales, la obtención de utilidades y el cariz habitual o novedoso que presente la expensa en el mercado. La razonabilidad comercial de la expensa puede estar motivada, en cada caso concreto, por distintas razones, como podría ser, entre otras, la situación financiera del contribuyente, las condiciones del mercado donde se ejecuta la actividad productora de renta, o el modelo de gestión de negocios propio del tipo de actividad generadora de renta que realiza el contribuyente. A su vez, la «*proporcionalidad*» corresponde al aspecto cuantitativo de la expensa a la luz de un «*criterio comercial*». Bajo esa premisa, en sentencia del 27 de agosto de 2020 (exp. 21933, CP: Julio Roberto Piza), esta Sección estimó que ese atributo de las expensas deducibles alude a la medida y a la prudencia de la erogación, frente al provecho económico que el contribuyente espera obtener al incurrir en ella; este requisito del artículo 107 del ET impide que el monto de la erogación exceda aquello que sea justificable en términos comerciales, acorde con la específica actividad económica desarrollada por el contribuyente. La magnitud de ciertas deducciones particulares es tasada expresamente por el legislador, con base en criterios de política fiscal y en el ejercicio del amplio margen de configuración que ostenta; así ocurre cuando limita la cuantía de la deducción a cierto porcentaje de la renta líquida, de los ingresos o en función de otro parámetro que adopte para el efecto. En ausencia de una regla especial que determine la proporcionalidad de una deducción en particular, su magnitud debe ser valorada conforme a la regla general del artículo 107 del ET. Al respecto, la Sala precisa que la regla general de proporcionalidad del artículo 107 del ET no demanda una comparación entre la erogación incurrida y la renta bruta del

contribuyente para verificar su magnitud, sino que, como se señaló anteriormente, se debe apreciar si el monto resulta razonable en el marco de la actividad empresarial realizada por el contribuyente y en el contexto de una situación de mercado dada. En este sentido, un gasto deducible garantiza que se pueda realizar la actividad, por ser causal y necesario, pero además debe guardar una razonabilidad cuantitativa que se valora en cada caso concreto, según las condiciones internas del contribuyente (situación financiera, planta de personal, infraestructura, entre otras), así como por las externas que deriven del entorno económico y mercado en el que se desenvuelve el agente (según el tipo de actividad económica que realice el contribuyente). En definitiva, la proporción se estima acorde con la situación comercial del propio contribuyente y de otros agentes del mismo mercado. Finalmente, la Sala pone de presente que, como la carga de efectuar las demostraciones concernientes a los factores negativos de la base imponible recae sobre los obligados tributarios, incumbe al contribuyente probar y poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias que justifican la causalidad, necesidad y proporcionalidad de las erogaciones cuestionadas por la Administración. Por tanto, la mayor concreción del cuestionamiento de autoridad tributaria, frente a la aplicación y alcance de los requisitos del artículo 107 del ET, tendrá como correlato un mayor despliegue probatorio por parte del administrado, pues ese nivel de especificidad requerirá mayor diligencia, carga argumentativa y demostraciones técnicas por parte del contribuyente.

3.3- De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala precisa el alcance y contenido de los requisitos generales de deducibilidad de que trata el artículo 107 del ET, para lo cual establece las siguientes reglas de decisión sobre esa disposición jurídica: 1. *Tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta. Para establecer el nexo causal entre el gasto y la actividad lucrativa, no es determinante la obtención de ingresos ni el enunciado del objeto social del sujeto pasivo.* 2. *Las expensas necesarias son aquellas que realiza razonablemente un contribuyente en una situación de mercado y que, real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta. La razonabilidad comercial de la erogación se puede valorar con criterios relativos a la situación financiera del contribuyente, las condiciones del mercado donde se ejecuta la actividad lucrativa, el modelo de gestión de negocios propio del contribuyente, entre otros. Salvo disposición en contrario, no son necesarios los gastos efectuados con el mero objeto del lujo, del recreo o que no estén encaminados a objetivos económicos sino al consumo particular o personal; las donaciones que no estén relacionadas con un objetivo comercial; las multas causadas por incurrir en infracciones administrativas; aquellos que representen retribución a los accionistas, socios o partícipes; entre otros.* 3. *La proporcionalidad*

*corresponde al aspecto cuantitativo de la expensa a la luz de un criterio comercial. La razonabilidad comercial de la magnitud del gasto se valora conforme a la situación económica del contribuyente y el entorno de mercado en el que desarrolla su actividad productora de renta.* 4. *Los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta.* 5. *Las anteriores reglas jurisprudenciales de unificación rigen para los trámites pendientes de resolver en vía administrativa y judicial. No podrán aplicarse a conflictos previamente decididos.*

3.4- Asimismo, la Sala reitera que desde una perspectiva constitucional el impuesto sobre la renta se guía, en mayor medida que otras figuras impositivas del sistema tributario, en el principio de capacidad contributiva que exige que los sujetos pasivos del impuesto aporten a la financiación de los gastos públicos en función de su capacidad económica. De ello que el procedimiento de depuración de la base gravable del tributo se encamine a identificar la renta efectiva del contribuyente para gravar su utilidad disponible y no sus ingresos brutos no depurados (*i.e.* rentas brutas) destinados a su actividad empresarial. Bajo ese entendimiento, como concreción de la exigencia constitucional de tributación enmarcada en los «conceptos de justicia y equidad» (artículos superiores 95.9 y 363), no se someten a imposición aquellos recursos que demanda el contribuyente en un contexto de negocio (sentencias del 21 de febrero de 2019, exp. 21366, CP: Julio Roberto Piza y del 06 de agosto de 2020, exp. 22979, CP: *ibídem*). (...) [L]a Sala constata que existe relación causal entre la expensa debatida y la actividad generadora de renta de la demandante, toda vez que por cuenta de esa erogación (*i.e.* gasto financiero por un préstamo) fácticamente se amplió y aumentó la actividad generadora de renta de la actora, habida cuenta de que el destino de ese gasto fue la expansión de su actividad económica, concretamente mediante la adquisición de una compañía afín a su ramo de negocios. De otra parte, en lo que respecta a la exigencia de la necesidad de la expensa, la actora argumenta que de no haber celebrado el contrato de mutuo, no habría podido adquirir la compañía extranjera para expandir su negocio. Esa afirmación encuentra respaldo en el hecho de que el contrato que originó el préstamo fue suscrito el 28 de enero de 2009 y, el 30 de junio del mismo año, la demandante realizó la compra de las acciones por el mismo valor del crédito otorgado. De manera que, conforme a ello se evidencia que incurrir en la expensa debatida permitió el aumento y expansión la actividad productora de renta de la actora, lo cual derivó en la obtención de ingresos gravables en periodos subsiguientes. La anterior conclusión no se ve desvirtuada por el hecho de que durante el año

enjuiciado no haya obtenido dividendos o utilidades gravables respecto de la compañía adquirida, pues, como se señaló en el fundamento jurídico nro. 3.2, el cumplimiento de las exigencias derivadas del artículo 107 del ET no se acredita exclusivamente con la demostración de aquellas. Prospera el cargo de apelación (...) 6- De conformidad con las consideraciones y determinaciones expuestas, se anularán las modificaciones que efectuó la autoridad

tributaria a la autoliquidación del impuesto sobre la renta del año gravable 2009 de la demandante. En adición, advierte la Sala que no es procedente la sanción por inexactitud impuesta en los actos de liquidación oficial, dada la atipicidad de la conducta imputada”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 26 de noviembre de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Sentencia de Unificación 2020-CE-SUJ-4-005, radicación: 25000-23-37-000-2013-00443-01\(21329\).](#)

# ASUNTOS CONSTITUCIONALES

# ACCIONES DE TUTELA

## 1. Es improcedente ordenar, por vía de acción popular, a un particular para que adelante gestiones tendientes a minimizar el daño a la malla vial.

**Síntesis del caso:** *En un fallo proferido al interior de una acción popular se accedió a la protección de los derechos e intereses colectivos invocados, en la medida en que, a raíz del alto tráfico industrial de maquinaria pesada transportada por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. ESP – EPSA, se podría ver afectada la malla vial del trayecto Ibagué - Rovira, por lo que se le impuso a dicha sociedad la obligación de reparar los daños causados por los vehículos de tráfico pesado que llegaran a transitar por ese tramo vial. El juez popular de segunda instancia encontró que la condena impuesta por el a quo desbordó la competencia que tiene la sociedad apelante para resarcir los eventuales daños que puedan ocurrir en ese trayecto, por lo que revocó la condena impuesta a EPSA y conminó a las autoridades administrativas y de tránsito para que le exijan a dicha sociedad el cumplimiento de las normas de tránsito, para así evitar el daño a la vía pública.*

**ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO Y LA UTILIZACIÓN Y DEFENSA DE LOS BIENES DE USO PÚBLICO, LA SEGURIDAD Y PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES TÉCNICAMENTE, ASÍ COMO LA REALIZACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES Y DESARROLLOS URBANOS RESPETANDO LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS DE MANERA ORDENADA Y DANDO PREVALENCIA A LA CALIDAD DE VIDA DE LOS HABITANTES / IMPROCEDENCIA DE LA ORDEN DADA A PARTICULAR PARA EL MANTENIMIENTO DE LA MALLA VIAL - Corresponde a las autoridades públicas administrativas y de tránsito / FACULTAD PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS PARA EVITAR EL DAÑO DE LA MALLA VIAL - En cabeza de las autoridades de tránsito**

**Problema Jurídico:** *[¿Es procedente ordenar, por vía de acción popular, a un particular para que adelante las actuaciones pertinentes a fin de minimizar el daño ocasionado por la afectación a un tramo de la malla vial con tráfico industrial en el trayecto Ibagué – Rovira, o por el contrario, corresponde a las autoridades administrativas y de tránsito adelantar las gestiones pertinentes para evitar el desgaste de la vía y exigir el cumplimiento de las normas de tránsito a quien se movilice por esa zona?]*

**Tesis:** “[L]a Sala observa que la responsabilidad que deriva del daño ocasionado a los bienes de uso público está suficientemente decantada, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, por lo que es improcedente la orden que le exige al apelante comprometerse a reparar el daño ocasionado, pues es evidente que, si se comprueban los elementos del mismo, como lo son la conducta, el daño y la relación causal (independientemente de las discusiones que puedan suscitarse sobre la naturaleza y el grado de culpa que se requiera), habrá lugar a la reparación, una vez se inicien las acciones respectivas. En consecuencia, y como quiera que la orden no tiene trascendencia para los

efectos de advertirle al recurrente los deberes que le corresponden cuando hace uso de un bien público, dicha orden será revocada. (...) [De otra parte,] para la Sala no es de recibo la orden dada por el a quo en el sentido que la accionada EPSA ESP deba presentar una propuesta para minimizar el impacto por la utilización de la malla vial con tráfico industrial en el trayecto Ibagué – Rovira y, por el contrario, deben ser las autoridades de tránsito quienes establezcan las reglas para permitir dicho uso así como adoptar los mecanismos para ejercer el control sobre los particulares respecto del cumplimiento de las normas de tránsito. (...) [Así las cosas,] la Sala estima que es necesario modificar la orden dada por el a quo y en su lugar se dispondrá que las autoridades de tránsito en lo de su competencia, exijan a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. E.S.P. EPSA E.S.P. el estricto cumplimiento de las normas para evitar el daño a las vías públicas, y en caso de incumplimiento, adelanten las acciones administrativas, civiles y de policía a que haya lugar para imponer las sanciones que correspondan y hacer efectivas las responsabilidades por los daños que causen, si hay lugar a ello.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 14 de septiembre de 2020, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 73001-23-33-000-2015-00627-01\(AP\).](#)

## 2. Configuración de error judicial al proferirse doble condena penal por los mismos hechos.

**Síntesis del caso:** *El accionante fue privado de la libertad, entre el 21 de febrero de 2013 y el 31 de enero de 2014, por el delito de hurto calificado; por esos mismos hechos, previamente había sido juzgado, condenado y pagó pena privativa de la libertad. Por lo acontecido, demandó a Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por el error jurisdiccional en que incurrieron al ser condenado y privado de la libertad nuevamente, por los mismos hechos. El 19 de septiembre de 2016 el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Pasto declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, en un porcentaje del 70 % para la primera y del 30 % para la segunda y las condenó al pago de los perjuicios morales y materiales causados, por la privación injusta de la libertad del señor Ortega. La parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de esa decisión. El 5 de junio de 2019 el Tribunal Administrativo de Nariño revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda porque coligió que se configuró la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, en la medida en que fue el silencio del accionante, en relación con la segunda aprehensión, lo que permitió que se causara el daño. En el trámite de la acción de tutela contra la providencia judicial anterior, solicitó amparar sus derechos fundamentales.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / INDEBIDA APLICACIÓN NORMATIVA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / CAUSAL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA - Aplicación errónea / DAÑO ANTIJURÍDICO - Condena impuesta dos veces por circunstancias idénticas / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Perjuicio / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

**Problema Jurídico 1:** *¿El Tribunal Administrativo de Nariño, al declarar probada la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, aplicó correctamente el artículo 70 de la Ley 270 de 1996?*

**Tesis 1:** “[P]ara el Tribunal Administrativo de Nariño el evento por el cual se pretendía la declaratoria de responsabilidad estatal por las actuaciones de los empleados con funciones judiciales era el del error jurisdiccional, mas no la privación injusta de la libertad, postura que ciertamente es la que se adecúa al escrito de la demanda y a las normas que regulan la materia, concretamente a la Ley 270 de 1996, puesto que el daño se causó por el error contenido en la providencia judicial en la que se impuso al señor [J.C.O] una condena por los mismos hechos por los que ya había sido juzgado y recluido y no porque luego de haber sido detenido, haya sido revocada la medida (...) En ese orden de ideas, se advierte que inicialmente el Tribunal aquí accionado fijó el estudio del asunto sobre la responsabilidad de las autoridades judiciales a la luz del error jurisdiccional. Sin embargo, al adentrarse al caso concreto equivocadamente, como la Sección Quinta lo determinó en primera instancia de esta acción, encontró demostrada la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, regulada en el artículo 70 de la Ley precitada, porque, a su juicio, los perjuicios que se derivaron del error jurisdiccional consistentes en la privación de la libertad fueron consecuencia única del actuar del

accionante, debido a que no informó a los funcionarios que ya había sido condenado con base en los mismos hechos (...) Así las cosas, en el sub lite la acción causante del daño o, en los términos de la primera instancia, la fuente no es otra que el error jurisdiccional mientras que el daño se concretó en la condena impuesta dos veces por idénticas circunstancias por las que ya había sido privado de la libertad. Siendo de esta forma, lo que correspondía al Tribunal Administrativo de Nariño, para hallar acreditada la culpa exclusiva de la víctima, era comprobar cuál fue el actuar doloso o gravemente culposo, en los términos del artículo 63 del Código Civil, que dio lugar a que ocurriera la condena, esto es, el daño. No obstante, como se vio y se itera, lo que aconteció fue que dicha corporación declaró probado ese eximente porque estimó que los perjuicios (privación de la libertad) producto del error judicial fueron culpa de la víctima directa, con lo cual dio un alcance equivocado al artículo 70 de la Ley 270 de 1996, dado que este se refiere al daño y no a los perjuicios (...) En consecuencia, se denota que el Tribunal Administrativo de Nariño incurrió en defecto sustantivo, por aplicación errónea del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, que regula la culpa exclusiva de la víctima, como causal eximente en casos de responsabilidad estatal por actuaciones u omisiones de funcionarios judiciales, por lo cual se continuará con el estudio del defecto fáctico que el juez de primera instancia encontró acreditado.”

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / CARGA DE LA PRUEBA - Indebida aplicación / CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Debe ser acreditada por la autoridad accionada / VULNERACIÓN DEL DERECHO DEL DEBIDO PROCESO**

**Problema Jurídico 2:** *¿La autoridad judicial accionada aplicó adecuadamente el artículo 167 del Código General del Proceso, sobre la carga de la prueba, y encontró acreditado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima con base en un análisis pertinente del acervo probatorio?*

**Tesis 2:** “[N]o era viable, como lo determinó el aquí accionado, exigirle a la parte demandante probar que actuó para evitar el daño, pues ello correspondía demostrarlo a las entidades demandadas (...) Por consiguiente, se denota que el Tribunal Administrativo de Nariño incurrió en defecto fáctico, al imponer la carga de la prueba frente al eximente de responsabilidad en cabeza de la parte activa de la demanda (...) [E]sta Subsección advierte que, para que se declarara el eximente de responsabilidad referido, la autoridad judicial debía establecer si la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial demostraron que el señor Juan Carlos Ortega fue quien causó que se le condenara dos veces por los mismos hechos por constituirse esa lesión en el daño, por lo cual, contrario a lo definido en la sentencia de primera instancia de esta acción constitucional, las actuaciones que realizara con posterioridad a ello no tenían ninguna influencia en la imputación como elemento de la responsabilidad estatal, sino que, como se anunció en un acápite precedente, podrían incidir en el monto de la condena (...)

Bajo este escenario, no se comparte la conclusión a la que llegó la Sección Quinta de esta corporación, según la cual las demandadas, para demostrar la culpa exclusiva de la víctima, tenían que probar: 1. Las oportunidades efectivas que tuvo el señor [O.L.], para informar su situación, y 2. Que la solicitud de la autoridad judicial de ejecución consistente en allegar los antecedentes penales del reo, se realizó por una razón distinta a la alegada por él, esto es, que puso en conocimiento de las entidades que ya había pagado una pena por esos mismos hechos. Lo anterior en el entendido que dichas situaciones son posteriores a la causación del daño y, por tanto, no pueden tenerse en cuenta para la imputación, sino para el quantum de la condena, en caso de que llegue a accederse a la declaratoria de responsabilidad. Aclarado lo anterior, se tiene que el yerro probatorio en que incurrió el Tribunal Administrativo de Nariño consistió, además de imponer la carga probatoria de la eximente de responsabilidad a cargo de la parte demandante, en concluir que se configuró el eximente de responsabilidad, sin analizar probatoriamente si la doble condena obedeció desde el punto de vista jurídico a un actuar doloso o gravemente culposo de la víctima. Adicionalmente, se concluye que también se configuró el defecto sustantivo por la interpretación inadecuada de los artículos 70 de la Ley 270 de 1996 y 167 del Código General del Proceso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 12 de noviembre de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2019-05127-01\(AC\).](#)

### **3. Se vulnera el derecho fundamental al debido proceso cuando no se practica, en debida forma, la notificación personal del auto admisorio de una demanda de reparación directa a unos terceros intervinientes.**

**Síntesis del caso:** *Se presentó acción de tutela contra una decisión adoptada dentro de un proceso de reparación directa, donde se negó la nulidad propuesta contra el auto admisorio de la demanda, en razón a que, si bien se dispuso la vinculación de unos terceros con interés, no se materializó la notificación personal en los términos establecidos en los artículos 177 de la Ley 1437 de 2011, 290 y 291 del Código General del Proceso. El juez de tutela encontró que, de los hechos planteados y las pruebas allegadas al proceso, la autoridad judicial accionada vulneró el derecho fundamental al debido proceso de la parte actora, como quiera que pese a existir la orden de notificación en el auto admisorio, la misma no se practicó personalmente a los terceros con interés.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Aun cuando el proceso ordinario está en curso / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA DE REPARACIÓN DIRECTA / DEFECTO FÁCTICO / DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL MATERIAL, DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**Problema Jurídico:** *¿El Tribunal Administrativo de Santander vulneró los derechos fundamentales del señor [M.C.C.] con ocasión del auto del 7 de noviembre de 2019, mediante el cual negó la solicitud de nulidad propuesta por indebida notificación del auto admisorio, incurriendo en defecto fáctico, sustantivo y procedimental, al desconocer que la notificación personal ordenada en el auto admisorio de la demanda, presuntamente, no se materializó?*

**Tesis:** “[Considera la Sala necesario precisar que, previo a abordar el problema jurídico, se debe hacer referencia al requisito de subsidiariedad, frente a lo cual,] contrario a lo considerado por el a quo, la Sala encuentra que en el presente caso si se satisface. Pues, pese a que es cierto que el juez contencioso en el marco del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, tiene la potestad de sanear el proceso en cualquier momento, y que llegado el caso el actor puede interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de resultar lesiva a sus intereses, se estaría convalidando el hecho de desconocerle al señor [M.C.C.], de comprobarse los defectos alegados, la oportunidad de ejercer su derecho al debido proceso y contradicción mediante la contestación de la demanda y la petición de pruebas en su defensa; actuaciones que de ninguna forma pueden ser agotadas en otra etapa procesal y menos, consecuencia de una irregularidad procesal que, pese a ser alegada en tiempo, no fue corregida. (...) [Ahora bien, frente a la problemática planteada, para la Sala] es claro que el auto admisorio de la demanda debe notificarse de manera personal a los demandados, inclusive, a los terceros con interés en el asunto, tal como lo ordenó el Tribunal Administrativo de Santander en el auto admisorio de la demanda del 6 de noviembre de 2018, respecto de la Nación-Ministerio de defensa – Policía Nacional, así como de los señores [M.C.C. y L.E.L.S.]; razón por la cual no

puede predicarse en el presente caso, la configuración del defecto sustantivo por indebida interpretación de [la] normativa relacionada con el acto procesal en cuestión. Situación distinta es, la forma en que se materializó la orden de notificación personal del auto admisorio de la demanda respecto del señor [M.C.C.], frente a lo cual, asegura que ello no aconteció y, por tal razón, así se lo informó al Tribunal de conocimiento a través de la solicitud de nulidad de lo actuado por indebida notificación de dicha providencia; sin embargo, tal pedimento fue negado a través de auto del 7 de noviembre de 2019. (...) [No obstante,] observa la Sala que (...) brilla por su ausencia manifestación o prueba que acredite que el señor [M.C.C.] tuvo conocimiento de la citación a la notificación personal o del aviso, pues, pese a que no se cuestiona el hecho que dichos documentos fueron recepcionados por la Policía Nacional, ello de ninguna forma permite concluir con [certeza] que tales actos procesales hayan cumplido su finalidad. (...) Razón por la cual, la Sala encuentra configurado el defecto fáctico endilgado por la parte actora, en tanto el Tribunal accionado resolvió dar por probado “el acto de notificación personal del auto admisorio de la demanda al señor [M.C.C.]” a través de auto del 7 de noviembre de 2019, sin fundamento probatorio alguno. En concordancia con lo expuesto, también se encuentra configurado el defecto procedimental endilgado, en tanto el efecto directo de dar por acreditado el acto de notificación hoy cuestionado, ocasionó que se cercenará el derecho a la defensa y contradicción del accionante, al no poder ejercer la oportunidad procesal para contestar la demanda, presentar excepciones, solicitar pruebas, entre otros, no por falta de diligencia, sino consecuencia de una irregularidad procesal que, pese a ser alegada, no fue subsanada. (...) De conformidad con todo lo expuesto, la Sala [ampará] los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia del [accionante].”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 18 de noviembre de 2020, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 11001-03-15-000-2020-01859-01\(AC\).](#)

## 4. Se desconoce el precedente judicial sobre cómputo de la caducidad de la demanda de un contrato de obra pública, cuando no se tiene certeza sobre la ocurrencia del hecho dañoso.

**Síntesis del caso:** *En un proceso de reparación directa no se tomó como fecha para el cómputo de caducidad de la demanda la de ejecución de un contrato de obra pública, por lo que la parte afectada instauró acción de tutela, contra la autoridad judicial que conoció el proceso ordinario, con el fin de que se impartiera el trámite correspondiente respecto a la admisión de la demanda. El juez de tutela encontró que efectivamente la autoridad judicial accionada incurrió en un defecto fáctico, al contabilizar la demanda desde la fecha en que presuntamente se estructuró el hecho dañoso, y en desconocimiento del precedente judicial vinculante de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al no tener en cuenta como parámetro, para el cómputo de la caducidad, la fecha de ejecución de la obra pública. Por lo anterior, se accedió al amparo de los derechos fundamentales invocados por la parte actora.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE FIJADO POR LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO - Cuando existen dudas sobre el momento en que debe empezar a contarse la caducidad / DEFECTO FÁCTICO / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA - Ante duda de su configuración la demanda deberá admitirse y tramitarse / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD EN CASO DE DAÑO CAUSADO DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**Problema Jurídico:** *¿Incurrió el tribunal demandado en desconocimiento del precedente consolidado de la sección tercera de consejo de estado, al declarar la caducidad del medio de control de reparación directa, existiendo dudas respecto del momento en que debía empezar a contarse la caducidad?*

**Tesis:** “La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido unánime en señalar que para contar este término de caducidad pueden existir dos momentos: i) cuando termina la obra, entendiendo que los perjuicios son de naturaleza instantánea, es decir, que se originan y son de conocimiento del afectado en plena realización de la obra; y ii) cuando se trata de daños periódicos, esto es, que se tiene conocimiento del hecho dañoso pero este no coincide con la ejecución de la obra, situación que solo es aplicable a los casos en que tiempo después de la terminación de la obra se advierten las afectaciones que pudo causar. En ese orden, el estudio de la caducidad se subsumió al análisis probatorio en torno a la acreditación de la finalización

de la obra pública, a partir de lo cual el juez de tutela de primera instancia evidenció que al no encontrarse claro en el caso la fecha de terminación de la obra, la demanda debía admitirse y tramitarse con el fin de garantizar el acceso a la administración de justicia. Esta Sala de decisión debe confirmar lo resuelto por el juez a quo, pues tal como este se encargó de argumentar, del laudo arbitral del 9 de diciembre de 2013 y de la contestación de la demanda presentada por el IDU, pareciera darse cuenta que la etapa de construcción finalizó en agosto de 2012. (...) Es este un asunto sujeto a duda que, tal como lo señaló el juez de tutela de primera instancia, debió resolverse en aplicación de los principios *pro actione* y *pro damato* y, por tanto, “privilegiarse la interpretación del asunto que garantice el acceso a la administración de justicia”. (...) En estos términos, corresponde a la Sala confirmar lo resuelto por el Juez a quo, al evidenciar que, en efecto, existió desconocimiento de precedente en torno a la aplicación del acceso efectivo a la administración de justicia en caso de duda en el conteo de la caducidad.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 29 de octubre de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 11001-03-15-000-2020-03500-01\(AC\).](#)

## 5. El empleado público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa tiene derecho a la estabilidad laboral como sujeto de especial protección debido a la discapacidad de su hijo.

**Síntesis del caso:** *El accionante se desempeñaba como Auxiliar Administrativo Grado 3 en provisionalidad, en la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, tiene 60 años y su núcleo familiar se compone por su esposa, ama de casa de 64 años, y su hijo, quién se encuentra en condición de discapacidad. El actor se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media y, al momento del ejercicio de la acción de tutela, le hacían falta 16 meses y 17 días para obtener su derecho al reconocimiento pensional. La Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, con ocasión de la conformación de la lista de elegibles para proveer el cargo de auxiliar administrativo grado 3, le informó al tutelante que se había efectuado un nombramiento en propiedad en el cargo que ostentaba y, en consecuencia, que su vinculación con la entidad culminaba el 24 de julio de 2020.*

**ACCIÓN DE TUTELA - Procedencia excepcional / CONCURSO DE MÉRITOS EN LA RAMA JUDICIAL – Para proveer cargos de auxiliar administrativo grado 3 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá / PUBLICACIÓN EN LISTA DE ELEGIBLES Y PROVISIÓN DE CARGO OCUPADO POR UN EMPLEADO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD / CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA SOLICITAR PENSIÓN DE VEJEZ – No genera fuero de estabilidad laboral por prepensionado / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA – Por ser padre cabeza de familia / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Hijo con discapacidad mental / PROTECCIÓN DE INTEGRANTE DE LA LISTA DE ELEGIBLES**

**Problema Jurídico:** *“¿La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, vulneró los derechos fundamentales del accionante invocados en protección, al retirarlo del cargo que ocupaba en provisionalidad como auxiliar administrativo grado 3 (conductor), sin tener en cuenta su condición de estabilidad laboral reforzada?”*

**Tesis:** “En este punto, es necesario recordar los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que establecen si existe o no calidad de prepensionable cuando una persona ya cumplió sus semanas de cotización y le hace falta la edad de pensión para hacerse beneficiaria de la pensión de jubilación. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU003 de 2018, estableció que cuando el único requisito restante para ser beneficiario de la pensión de jubilación es el de edad ya que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no se puede establecer que una persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, teniendo en cuenta que el requisito de la edad se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente y en consecuencia no se frustra el acceso a la pensión de vejez. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que el señor [J.C.] cuenta con 1783.86 semanas cotizadas, es decir únicamente le hace falta cumplir el requisito de la edad para obtener la pensión de jubilación, no es

beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada por prepensionado. (...) [R]esulta más que claro que el aquí accionante tiene el cuidado y manutención de su familia y teniendo en cuenta su avanzada edad y su retiro del servicio sin que haya sido reconocida la pensión de jubilación, evidencian la dificultad que puede surgir para conseguir un nuevo empleo y asegurar los recursos económicos suficientes para garantizar sus necesidades básicas y la de su familia a cargo. En consecuencia, el juez constitucional no puede perder de vista la vulneración al mínimo vital de un sujeto de especial protección como lo es el hijo del aquí accionante, pues sin tener los ingresos para su manutención y darle el especial cuidado que su condición amerita, también podrían verse afectada su integridad física y vida digna. (...) No obstante, la orden de amparo no puede afectar los derechos del señor [C. A. T.C.] quien fue nombrado en el cargo que ostentaba [J. C.], ya que los concursantes no pueden sufrir las consecuencias de las omisiones de la entidad nominadora. Por lo anterior, la Sala amparará los derechos al mínimo vital del señor [J. C.] (...) y en consecuencia se ordenará la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Bogotá – Cundinamarca del Consejo Superior de la Judicatura, proceder a efectuar el reintegro del señor [J. C.] a un cargo de los niveles de Auxiliar Administrativo Grado 3 dentro de la planta administrativa de la entidad, con un salario equivalente o similar al que devengaba, atendiendo su especialidad funcional y la labor que realizaba. Dicho

reintegro será hasta tanto COLPENSIONES reconozca la pensión de jubilación del accionante y lo incluya en nómina de pensionados. La orden de protección permanecerá vigente hasta que el señor

[J. C.] cumpla con la edad de pensión, siempre y cuando el cargo al que sea reintegrado no sea provisto por concurso de méritos.”

[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 11001-03-15-000-2020-03829-00 \(AC\).](#)

## 6. Se lesiona el derecho fundamental al debido proceso de las partes, cuando se notifica una providencia que no corresponde con la actuación procesal fijada por el despacho judicial.

**Síntesis del caso:** *Se presentó acción de tutela contra una decisión proferida al interior de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que el juez ordenó la notificación del auto que disponía la realización de la audiencia inicial. No obstante, al momento del envío de la notificación, se adjuntó una decisión que no correspondía con la celebración de la audiencia inicial. Se concedió el amparo de tutela, en la medida que se demostró que, con la actuación de la autoridad judicial respecto a la indebida notificación de una actuación procesal diferente a la inicialmente ordenada, se incurrió en una violación directa a la Constitución, al versen afectados los derechos de defensa y contradicción de las partes.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE ACTUACIÓN PROCESAL - Al comunicarse una decisión que no correspondía con la fijación de la audiencia inicial / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN - Configuración**

**Problema Jurídico:** *[¿Vulneró la autoridad judicial accionada el derecho fundamental al debido proceso de la parte actora, al resolver un recurso interpuesto contra una solicitud de nulidad, sin considerar que el auto notificado no correspondía con la actuación de fijación de la audiencia inicial programada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 13001333300820180007600?].*

**Tesis:** “La Sala revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, amparará el derecho al debido proceso toda vez que el juzgado accionado incurrió en una violación directa de la Constitución al resolver el recurso de reposición sobre la solicitud de nulidad sin considerar la existencia de una notificación irregular del auto que convocó a la audiencia inicial. (...) [La Sala observa que,] si bien el juzgado acusado publicó el estado electrónico para consulta en línea en la página de la Rama Judicial con los datos señalados en el artículo 201 del CPACA y envió un correo electrónico a la accionante con la finalidad de comunicarle la notificación realizada, lo cierto es que, al momento del envío el juzgado realizó una actuación que no estaba contemplada en la ley, esto es, adjuntó un auto que era completamente ajeno al proceso, pues i) pertenecía al proceso con radicado No. 130013333008201600076 y ii) trataba de un rechazo de un recurso. (...) Visto lo anterior, se observa

que el juzgado realizó una notificación por estado irregular y que mediante un acto procesal no previsto en el CPACA generó una confusión en la accionante, a tal punto que no asistió a la audiencia inicial, dentro de la cual se dictó sentencia anticipada en su contra y, adicionalmente tampoco pudo apelar esa decisión ya que la notificación de la misma fue en estrado. Por tanto, la equivocación involuntaria del juzgado impidió materialmente la defensa de los intereses de la accionante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Por otra parte, la Sala advierte que si bien es cierto que la accionante pudo corroborar la información allegada en el correo del 26 de octubre de 2018, también lo es que la administración de justicia debe impartir una confianza legítima de su actuación hacia las partes del proceso y, por tanto no es admisible que el juzgado invoque los requisitos del artículo 201 del CPACA para plantear que cualquier auto adjunto no debía tenerse en cuenta por tratarse de una notificación electrónica, pues ello no desvirtúa la falta de diligencia y cuidado en que incurrió el juzgado al practicar erradamente una notificación que, adicionalmente, le trajo consecuencias negativas a la accionante. Finalmente, esta Sala revocará la decisión de primera instancia y, en su lugar, amparará el derecho al debido proceso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de octubre de 2020, C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 13001-23-33-000-2020-00668-01\(AC\).](#)

## 7. No hay lugar a proferir una orden de conminación en un fallo de tutela, cuando no se vulneran los derechos fundamentales invocados en la demanda.

**Síntesis del caso:** *En una acción de tutela presentada contra la Presidencia de la República y otros, el juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, al no encontrar actuación alguna, por parte de las entidades demandadas, que pudiera generar la vulneración de los derechos fundamentales invocados. No obstante, impartió una orden de conminación tanto a la ANT como a la Sociedad de Activos Especiales. En el escrito de impugnación, la ANT señaló que la orden de conminación impuesta no era consecuente con la parte motiva y resolutive del fallo, pues no se demostró la vulneración de derecho fundamental alguno, luego consideró que no había lugar a dictar una orden en ese sentido. En efecto, el juez de segunda instancia revocó el numeral tercero del fallo impugnado, tras determinar que el a quo, con la orden de conminación, afectó el derecho fundamental al debido proceso de la sociedad impugnante, pues de materializarse dicha orden, se podría ocasionar un perjuicio irremediable a las autoridades conminadas.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA AUTORIDAD PÚBLICA - Revoca numeral tercero del fallo / FALTA DE CONGRUENCIA EN LA PARTE MOTIVA Y RESOLUTIVA DEL FALLO - Frente a la orden de conminar a la autoridad demandada / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / EXTRALIMITACIÓN DEL JUEZ DE TUTELA AL IMPONER ORDEN DE COMNINACIÓN - Al no configurarse una vulneración de derechos fundamentales a la parte actora**

**Problema Jurídico:** *[L]a Sala deberá definir si (...) erró el a quo al conminar a la ANT para que realice las diligencias necesarias a efectos determinar el estado jurídico, técnico y administrativo de los predios identificados con matrículas inmobiliarias 045-13107, 045-13108, 045-40800 y 045-42369 cuya adjudicación solicitaron los actores, a pesar de que se negaron las pretensiones de la acción de tutela.*

**Tesis:** “[A juicio de la Sala,] [a]nte las consecuencias que conlleva una orden de conminación, las que, como quedó anotado, pueden culminar en la imposición de sanciones en contra de la autoridad accionada; dado que el propósito fundamental de tal prerrogativa es el de evitar una eventual vulneración o afectación de los derechos fundamentales que se pretendieron proteger y, fundamentalmente el hecho reconocido de que no está probada la vulneración a

derechos fundamentales, permite a esta Sala concluir que no había lugar a que, por esta vía de amparo constitucional, se conmine a la Agencia Nacional de Tierras para que, en conjunto con la Sociedad de Activos Especiales, realicen las diligencias necesarias para determinar el estado de los predios reclamados para adjudicación, pues como se explicó en precedencia según dan cuenta las pruebas aportadas esa autoridad ha contestado las peticiones y requerimientos de la sociedad accionante, al tiempo que ha adelantado los trámites y gestiones pertinentes, sin que se aprecie una actitud negligente o vulneradora de los derechos fundamentales de los accionantes que amerite una orden en ese sentido en aras de evitar la materialización de un perjuicio irremediable, razón suficiente para revocar el numeral tercero del fallo de primera instancia.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de noviembre de 2020, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación 08001-23-33-000-2020-00417-01\(AC\).](#)

## 8. No se puede aplicar una norma que rige términos procesales en actuaciones judiciales para rechazar, por extemporáneo, un recurso de reconsideración presentado en tiempo ante la administración tributaria.

**Síntesis del caso:** *Se presentó acción de tutela contra una decisión adoptada en un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con la que se negó la nulidad de los actos administrativos con los que se rechazó, por extemporáneo, un recurso de reconsideración interpuesto contra una Liquidación Oficial de Revisión de la declaración privada del impuesto de renta del año gravable 2013. La decisión objeto de tutela incurrió en defecto sustantivo al aplicar el artículo 109 del Código General del Proceso, norma que rige el cómputo de términos en actuaciones judiciales, cuando la normativa correcta es la contenida en el artículo 559 del Estatuto Tributario; adicionalmente, se desconoció el precedente judicial de la Sección Cuarta del Consejo de Estado sobre la inexistencia de una hora perentoria para la presentación de un recurso de reconsideración y, en defecto procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto, al no aceptar la presentación ante notaría del escrito contentivo del recurso.*

### ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / DEFECTO SUSTANTIVO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Configuración / INADMISIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN / HORA PERENTORIA PARA LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO / VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

**Problema Jurídico:** *[¿Incurrió la autoridad judicial demandada en el defecto sustantivo, desconocimiento del precedente judicial y defecto procedimental por exceso ritual manifiesto al confirmar, mediante la providencia 24 de junio de 2020, el rechazo del recurso de reconsideración interpuesto contra la Liquidación Oficial de Revisión 202412019000001 del 12 de enero 2017, emitida por la Dirección Seccional de Impuestos de Tunja, por cuanto aplicó el artículo 109 del Código General del Proceso, cuando, a juicio de la parte actora, lo que correspondía era aplicar el artículo 559 del Estatuto Tributario y el artículo 59 Régimen Político y Municipal, a efecto de tener por presentado el recurso de reconsideración ante la administración tributaria?]*

**Tesis:** “La sociedad Transportes Los Muiscas S.A. promovió la presente acción de tutela contra la sentencia del 24 de junio de 2020, mediante la que el Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que declararon extemporáneo el recurso de reconsideración interpuesto contra la Liquidación Oficial de Revisión 202412019000001 del 12 de enero

2017, en la que se modificó la declaración privada del Impuesto de Renta para la Equidad Cree del año gravable de 2013. (...) [C]omo en este caso el recurso de reconsideración se presentó el día que vencía el plazo se debe entender que se radicó de manera oportuna. Por tanto, la decisión de negar las pretensiones de la demanda por encontrar que el recurso de reconsideración interpuesto por la parte actora contra la Liquidación de Revisión 202412019000001 del 12 de enero 2017 fue extemporáneo, desconoció los derechos fundamentales invocados por la parte actora, como quedó expuesto y, por tanto, queda acreditado que el Tribunal Administrativo de Boyacá incurrió en el defecto sustantivo alegado. Siendo así, se impone amparar los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la sociedad Transportes Los Muiscas S.A., dejar sin efecto la sentencia del 24 de junio de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 5 y, en consecuencia, ordenar al Tribunal Administrativo de Boyacá que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación, profiera nueva decisión en la que atienda a la parte motiva de la presente providencia.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 15 de octubre de 2020, C.P. Milton Chaves García, radicación 11001-03-15-000-2020-03900-00\(AC\).](#)

## 9. No se vulneran derechos fundamentales cuando un juez de la República exige a los padres velar por el cuidado y la protección de sus hijos menores de edad.

**Síntesis del caso:** *En ejercicio de la acción de tutela se solicitó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al buen nombre y de acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por una decisión adoptada en un incidente de desacato en otra tutela. En dicha decisión se conminó a las partes para que cesaran toda actuación que involucrara a su hijo menor de edad a la exposición de maltrato psicológico y verbal entre sus padres. Para el juez de tutela dicha decisión no comportó vulneración alguna de derechos fundamentales, pues en aplicación del principio del interés superior del menor, se optó por ordenar a los padres que cumplieran sus deberes de cuidado y protección hacia su hijo menor de edad.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL QUE RESOLVIÓ INCIDENTE DE DESACATO / INTERÉS SUPERIOR DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS / INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL FALLO DE TUTELA – Juez conmina a las partes para que no incurran en conductas contrarias a las órdenes impartidas en la sentencia de tutela / CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES COMO PADRES QUE TIENEN CON SUS HIJOS DE ASEGURAR AL NIÑO LA PROTECCIÓN Y EL CUIDADO QUE SEAN NECESARIOS PARA SU BIENESTAR**

**Problema Jurídico:** *[L]a Sala [deberá] determinar si la providencia del 6 de febrero de 2020, dictada por el Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué, incurrió en los defectos orgánico y fáctico y en ausencia de motivación como alega el actor.*

**Tesis:** “A juicio de la Sala, las pruebas obrantes en el trámite de incidente de desacato sí fueron valoradas por el Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué. De hecho, del análisis conjunto de las pruebas, encontró que existía un incumplimiento parcial por parte de la señora [SMOP], en cuanto a que en ocasiones no permitía la comunicación telefónica entre el actor y su hijo. Pero consideró que esa conducta no podía catalogarse como negligente (dolosa o gravemente culposa), sino que provenía de problemas de falta de comunicación asertiva con el demandante. Con todo previno a la señora [SMOP], para que no incurriera en vías de hecho. (...) Lo mismo ocurre respecto del comisario Permanente de Familia Turno N° 1, pues el Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué lo conminó para que garantizara el correcto cumplimiento de las normas a fin de proteger los derechos del menor SCO, una vez advirtió que: (i) efectuó la trazabilidad respecto del caso del menor SCO: (ii) dio respuesta

tardía a las peticiones del actor de resorte de la orden de tutela del 23 de agosto de 2018, en el sentido de que se tramitaría en el proceso de violencia intrafamiliar adelantado por ese despacho, y (ii) respecto del hecho nuevo que presentó el demandante por un presunto caso de abuso sexual, remitió por competencia a la autoridad competente. (...) En el presente asunto, como la autoridad judicial demandada no encontró que existiera dolo o culpa grave en el actuar de los incidentados, pese a los incumplimientos parciales, se abstuvo de imponer sanción por desacato. (...) Entonces, la decisión que emitió la autoridad judicial demandada tuvo la consideración primordial de buscar una solución para satisfacer los derechos del menor SCO, en procura de garantizar su bienestar, y resguardándolo del conflicto existente entre sus padres, el cual puede repercutir en su desarrollo psicosocial. Luego, contra lo afirmado por el demandante, la decisión está debidamente motivada en el marco del interés superior de los derechos del niño, que, como se vio, permite a las autoridades judiciales determinar la forma que mejor satisfaga los derechos de los niños, así como el bienestar integral que les asiste.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 8 de octubre de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación 73001-23-33-000-2020-00067-01\(AC\).](#)

## 10. Incurre en defecto sustantivo la providencia judicial dictada en una acción de cumplimiento, donde se resuelve aplicar una normativa que no regula la figura de la defensoría pública en procesos ordinarios.

**Síntesis del caso:** *En una demanda de acción de cumplimiento se solicitó dar aplicación a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 24 de 1992, así como lo estipulado en el numeral 1° del capítulo 4.3.4.2. de la Resolución 396 de 2003, sobre la designación de un defensor público de oficio para representar al accionante en un proceso ordinario laboral. El juez de tutela encontró que la autoridad judicial accionada confundió las figuras de litigio defensorial y la de defensoría pública, así como las causales de improcedencia contenidas en una disposición que no era aplicable al caso del accionante, por lo que se incurrió en un defecto sustantivo por inadecuada interpretación normativa, razón por la que se ampararon los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela y se ordenó al juez de la acción de cumplimiento que dictara un nuevo fallo en el que analizará de manera correcta las figuras de litigio defensorial y de defensoría pública, para efectos de determinar si le asiste al accionante el derecho a ser representado por un defensor de oficio.*

### ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA DICTADA EN ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO - Ampara / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DEFECTO SUSTANTIVO – Indebida aplicación normativa / SOLICITUD A LA DEFENSORIA DEL PUEBLO DE UN PROFESIONAL DEL DERECHO PARA LA REPRESENTACIÓN EN PROCESO LABORAL - En virtud del amparo de pobreza / FIGURAS DE DEFENSORIA PÚBLICA Y LITIGIO DEFENSORIAL – Diferencias

**Problema Jurídico:** *[L]a Sala [deberá] determinar si de conformidad con los argumentos planteados en la demanda y las pruebas allegadas al plenario, la sentencia de 22 de octubre de 2020 incurrió en un defecto sustantivo por no aplicar el numeral 1° del capítulo 4.3.4.2. de la Resolución N° 396 de 2003 e indebido análisis [de la] citada Resolución y la N° 638 de 2008.*

**Tesis:** “Se encuentra que el actor no estaba solicitando el servicio de litigio defensorial, toda vez que no discutía derechos humanos o de tipo social, sino el de defensoría pública consistente en la representación judicial dentro del proceso laboral que cursa en el Juzgado 18 Laboral, alegando para ello la imposibilidad económica de contratar por sí mismo un profesional del derecho. Es decir, que el Tribunal accionado confundió ambas figuras al concluir que la solicitud de defensoría pública que elevó ante la Defensoría del Pueblo el [accionante] al discutir cuestiones de contenido patrimonial por tratarse de un proceso laboral constituía “...una de las causales de improcedencia del litigio defensorial...”. (...) El aparte 4.3.4.2. cuyo numeral 1° fue alegado como desconocido por el [accionante], establece que las solicitudes de defensoría pública deben cumplir con [unos] requisitos, para determinar su admisión o rechazo: (...) Allí mismo, en el numeral 3° dispone [cuando] las solicitudes del servicio de defensoría pública se rechazan. (...) Obsérvese cómo la norma en

comento establece que mientras en el litigio defensorial se estudian unas causales de procedencia, para la defensoría pública hay admisión o rechazo. Asimismo, dentro de los motivos de rechazo de la última figura no está el que la materia sobre la que va a versar el servicio ofrecido por la entidad sea de contenido patrimonial. (...) Puestas de ese modo las cosas, el Tribunal accionado sí incurrió en el defecto sustantivo endilgado por interpretación errónea de las Resoluciones 396 de 2003 y 638 de 2008, en primera medida porque aplicó las causales de improcedencia del litigio defensorial establecidas en la primera de las normas referidas para negar la solicitud de defensoría pública que requirió el actor, y en segundo, porque tomó la Resolución 638 de 2008 para estudiar la petición del [accionante], el cual pretendió acceder al servicio de defensoría pública y no al de litigio defensorial que es el que desarrolla dicha norma. En efecto, inaplicó lo dispuesto en el capítulo 4.3.4.2. de la Resolución 396 de 2003 en cuyos numerales 1, 2 y 3 contiene los requisitos formales para acceder a la defensoría pública, la forma de verificación de las condiciones socioeconómicas que debe cumplir el solicitante y las causales de rechazo. (...) Lo anterior, en virtud de la figura de la defensoría pública que es la que habilita la intervención de la Defensoría del Pueblo en procesos penales, civiles, laborales y contenciosos administrativos, y no la del litigio defensorial que es la que se ejerce en procura de proteger derechos humanos y sociales.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 26 de noviembre de 2020, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 11001-03-15-000-2020-04605-00\(AC\).](#)

## 11. Se incurre en defecto fáctico al desconocer el acervo probatorio que acredita el cumplimiento de los requisitos para conceder el amparo de pobreza.

**Síntesis del caso:** *Los tutelantes instauraron demanda de reparación directa contra del Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional, el municipio de Bucaramanga y el Hospital Universitario de Santander, la cual correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, autoridad judicial denegó la solicitud de amparo de pobreza. Esta Corporación, en sede de tutela, consideró que el juzgado accionado incurrió en defecto fáctico al desconocer las pruebas que acreditaban que los actores desempeñaban una actividad informal como la venta ambulante de tintos, que da cuenta de su difícil situación económica, lo que puede convertirse en un obstáculo para acceder a la administración de justicia.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO - Desconocimiento del acervo probatorio / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / SOLICITUD DE AMPARO DE POBREZA - Cumplía las condiciones para ser concedido / AMPARO DE POBREZA - Condiciones para su reconocimiento**

**Problema Jurídico:** *¿El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga desconoció los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, al denegar la solicitud de amparo de pobreza presentada por los actores al interior del proceso de reparación directa que promovieron en contra del Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional, el municipio de Bucaramanga y el Hospital Universitario de Santander?*

**Tesis:** “El amparo de pobreza constituye una garantía del acceso a la administración de justicia, que permite que quienes carecen de recursos suficientes acudan a un proceso sin que su situación económica sea un impedimento. (...) se trata de un beneficio con el que cuentan quienes, debiendo asumir una carga económica dentro de un proceso, solo puedan hacerlo comprometiendo los recursos destinados para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley deben alimentos. (...) la labor del juez de conocimiento ante el cual se ha solicitado el amparo de pobreza, consiste en determinar si el solicitante reúne las condiciones objetivas para su reconocimiento, esto es, (i) que sea solicitada de forma motivada por el directamente interesado y (ii) que esté acreditada la situación socioeconómica que hace necesaria la concesión del amparo.(...) Para la parte actora, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga desconoció sus

derechos fundamentales al denegar su solicitud de amparo de pobreza, pues concluyó erróneamente que contaban con recursos suficientes para sufragar los gastos del proceso. Concretamente, consideraron que las providencias que denegaron la aplicación de dicha figura procesal, incurrieron en los defectos fáctico, sustantivo y procedimental absoluto por exceso ritual manifiesto. (...) es evidente para la Sala que el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga no solo dejó de valorar el certificado expedido por la E.P.S. Suramericana S.A. y las declaraciones extraprocesales de los señores [C.C.P.] y [A.A.], sino que pasó por alto que los actores desempeñan una actividad informal como lo es la venta ambulante de tintos, que dan cuenta en gran medida que su situación económica puede llegar a convertirse en un obstáculo para acceder a la administración de justicia, circunstancia que justamente se pretende evitar con el amparo de pobreza. Así las cosas, se encuentra acreditada la configuración del defecto fáctico alegado en la solicitud de amparo, lo cual hace innecesario el análisis de los demás defectos alegados en el escrito de tutela. (...) la Sala revocará la sentencia de primera instancia a través de la cual el Tribunal Administrativo de Santander denegó las pretensiones de la acción y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales invocados por la parte actora.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 5 de noviembre de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 68001-23-33-000-2020-00743-01\(AC\).](#)

# ACCIÓN POPULAR

**Se vulnera el derecho colectivo al goce de un ambiente sano por la falta de implementación de un plan de mitigación para sustancias que producen olores ofensivos en las granjas avícolas en el municipio de Pereira.**

*Síntesis del caso: En ejercicio de la acción popular, varios vecinos y residentes de los condominios ubicados en la vía que conduce de Pereira a la vereda Cerritos, solicitaron la protección de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano y a la salubridad pública, presuntamente vulnerados por la sociedad AGROCLAP, la CARDER, el MUNICIPIO DE PEREIRA y el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA–, debido a que las granjas de la sociedad AGROCLAP, cuya actividad principal es la cría y levante de aves de corral, generan olores ofensivos y nauseabundos para los residentes de los condominios colindantes. El Consejo de Estado concluyó que se vulneró el derecho colectivo al ambiente sano, consecuencia de la omisión de la sociedad accionada al no implementar el Plan de Reducción de Impacto de Olores Ofensivos que se producen en las granjas y de la CARDER al no controlar y vigilar a la referida sociedad.*

**RECURSO DE APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO / PLAN DE MITIGACIÓN PARA SUSTANCIAS QUE PRODUCEN OLORES OFENSIVOS – Omisión en la implementación de medidas que deben cumplir las granjas avícolas / MEDIDAS PREVENTIVAS POR MAL MANEJO DE RESIDUOS SÓLIDOS QUE GENERAN OLORES OFENSIVOS – Requerimiento a las granjas “Castilla” y “Manaure” / COMPETENCIA DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL – Control y vigilancia frente al manejo de actividades que generan olores ofensivos**

**Problema Jurídico:** *¿Se vulnera el derecho colectivo al goce de un ambiente sano de los residentes del condominio Quintas de Cafelia y conjunto campestre Resort – Andaluz, debido a los olores producidos por la actividad avícola desarrollada por la sociedad AGROCLAP y a la omisión de la CARDER de vigilar y controlar de la actividad avícola desarrollada por dicha sociedad?*

**Tesis:** “[S]e resalta que del material probatorio extraído fue posible determinar que de acuerdo con los conceptos técnicos núm. 0191 y 0192 de 2017 y las resoluciones núm. 1640 y 1641 de 2018, emitidos por la CARDER, sí está probada la generación de olores ofensivos por parte de la demandada; y que, además, AGROCLAP ha sido sujeto de varios requerimientos por parte de la autoridad ambiental en los cuales le solicita implementar medidas que ayuden a disminuir su propagación con el fin de buscar una sana convivencia con los demás habitantes del sector. (...) De igual forma, si bien los olores que se generan en las granjas objeto de censura son propios de la actividad avícola desarrollada, ello no obsta para que los mismos sean ofensivos y vulneren el derecho colectivo al goce de un ambiente sano de los residentes cercanos a ellas y que la demandada tome medidas para disminuirlos en la mayor medida de lo posible. (...) Lo precedente pone de manifiesto la omisión en la que ha incurrido la sociedad demandada y no, como lo afirma en su recurso, que ha dado cumplimiento a

todos los requerimientos ambientales efectuados por la CARDER. (...) [D]el material probatorio la Sala evidencia que dicha autoridad mediante las resoluciones núm. 1640 y 1641 de 2018 impuso respectivamente medidas preventivas a los propietarios de las granjas “Castilla” y “Manaure” por el mal manejo de los residuos sólidos que generaban olores ofensivos. Asimismo, que la providencia impugnada es congruente, pues el Tribunal con base en todo el material probatorio allegado, inclusive, con el aportado por la sociedad AGROCLAP, pudo determinar la vulneración al derecho colectivo al goce de un ambiente sano como consecuencia de una omisión de su parte al no implementar el PRIO y así mitigar los olores que se producen en las granjas con ocasión de su actividad avícola. (...) [L]a CARDER es la autoridad ambiental competente para controlar y vigilar a la sociedad demandada, AGROCLAP, que desarrolla actividades pecuarias en las granjas “CASTILLA” y “MANAURE” ubicadas en el corregimiento “Cerritos” (...) Adicional a lo anterior,

como autoridad ambiental también es la encargada de implementar y poner en marcha la Resolución núm. 1541 de 2013, con el fin de controlar, vigilar e imponer sanciones frente al manejo de actividades que generan olores ofensivos, si a ello hubiere lugar. (...) Lo anterior, pone de manifiesto que dicha autoridad ambiental no ha realizado el control y vigilancia adecuado a quienes realizan actividades que generan olores ofensivos a la luz de la Resolución núm. 1541 de 2013, tal y como ocurrió en el presente caso frente a la sociedad AGROCLAP (...) Esta situación ha impedido que se reduzca el impacto ambiental y que se tomen las medidas necesarias para que AGROCLAP disminuya

los olores ofensivos que produce en las granjas en comento y que afectan a los residentes colindantes.. (...) Ahora, habida cuenta que de conformidad con el artículo 8° de la Resolución núm. 1541, la presentación del PRIO es una obligación del titular de la actividad que genera olores ofensivos y, por ello, la implementación del mismo no recae únicamente en la CARDER, la Sala modificará los numerales tercero y cuarto de la parte resolutoria de la sentencia apelada, con el fin de que implementen de manera completa, en lo de su competencia, tanto la CARDER como la sociedad AGROCLAP S.A.S. la Resolución núm. 1541."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 14 de septiembre de 2020, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación 66001-23-33-000-2018-00079-01\(AP\).](#)

## ACCIÓN DE GRUPO

**Se atenta contra la dignidad, integridad y equidad de género de las mujeres privadas de la libertad, cuando no se garantizan unas condiciones mínimas de salubridad, higiene y habitabilidad en los centros carcelarios.**

*Síntesis del caso: Un grupo de mujeres que se encuentran privadas de la libertad en el centro carcelario el Cunday – Florencia–, presentaron acción de grupo contra el INPEC y otros, con el fin de que les sean reconocidos e indemnizados los daños ocasionados por la problemática de hacinamiento carcelario ocurrida en dicho establecimiento penitenciario. El reclamo se amparó en el daño causado por las condiciones deficientes de salubridad, higiene y habitabilidad a las que están sometidas las mujeres allí recluidas. Los jueces de conocimiento de la acción de grupo encontraron, a partir de los hechos descritos y el material probatorio allegado al proceso, que efectivamente se causó un daño a la dignidad e integridad, así como también se acreditó la existencia de una violencia basada en el género de las mujeres recluidas en dicho centro carcelario. Por lo anterior, se ordenó la respectiva indemnización por el daño causado a la población femenina privada de la libertad en la cárcel del Cunday.*

**ACCIÓN DE GRUPO - Accede / HACINAMIENTO CARCELARIO / SOLICITUD DE REPARACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS A RECLUSAS HACINADAS EN PABELLÓN DE MUJERES EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO - Cárcel del Cunday / HECHO GENERADOR DEL DAÑO - La deficiente condición de hacinamiento carcelario**

**Problema Jurídico 1:** *[La Sala deberá determinar si acertó el a quo al negar las pretensiones de la demanda por cuanto no fue posible acreditar el daño causado a la parte actora por el hacinamiento en el pabellón de mujeres de la cárcel del Cunday, o si por el contrario, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, se logra establecer que las autoridades demandadas han sido negligentes con*

*la grave situación de hacinamiento que padecen las accionantes].*

**Tesis 1:** "La Sala revocará la sentencia apelada porque encuentra que con las pruebas que obran en el expediente se encuentran suficientemente acreditados el hacinamiento, los daños y los perjuicios que la jurisprudencia permite reconocer. (...)

La Sala encuentra acreditado el hacinamiento en el pabellón de mujeres de la cárcel del Cunduy a partir de los testimonios y pruebas documentales que obran en el expediente. La Sala valoró los testimonios de la señora [F.M.G.] y del señor [N.G.], que declararon sobre las condiciones en que viven las internas en el EPCMS del Cunduy. Los testimonios de estos familiares de una de las internas no fueron valorados por el Tribunal porque fueron objeto de tacha. Justamente, debido a su cercano parentesco con una de las demandantes, no son del todo ajenos al proceso. Sin embargo, en el contexto de esta demanda por la violación de derechos de las internas del establecimiento carcelario, esta prueba adquiere un valor distinto al que tendría en cualquier otro contexto en que las víctimas estuvieran en libertad, y el Estado no tuviera el control de las condiciones de vida de quienes lo están demandando. Las violaciones del derecho a la integridad de personas privadas de la libertad, generadas por el hacinamiento carcelario, se caracterizan por una limitación en los medios de prueba, que debe ser apreciada en el marco de la presión y temor que ellas padezcan, de la sujeción de la Administración sobre la persona en situación de detención y del consecuente control

estatal sobre los medios de prueba referentes a las condiciones de detención. Estas tres circunstancias han justificado, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), que la defensa del Estado no pueda basarse en la imposibilidad del demandante de allegar pruebas o en la deficiencia técnica de aquéllas que sí pudo aportar al proceso. En consecuencia, no fue acertada la decisión del Tribunal de restar toda credibilidad a los testimonios de la señora [MG] y del señor [NG], pues la especial relación de sujeción de las internas frente a la administración penitenciaria, el control sobre las pruebas que ella ejerce de facto y el temor que puedan sentir las internas de documentar las violaciones de sus derechos, dificultaba, especialmente, la prueba de sus condiciones de vida, de los sucesos conflictivos y sus padecimientos constantes. (...) La Sala encuentra que ese desequilibrio extremo entre camas e internas acredita el hacinamiento en el pabellón de mujeres de la cárcel del Cunduy en Florencia. Sin perjuicio de lo señalado, la indignidad de las condiciones impuestas por el hacinamiento está representada por otras múltiples variables relacionadas con la densidad poblacional."

**ACCIÓN DE GRUPO - Accede / HACINAMIENTO CARCELARIO / SOLICITUD DE REPARACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS A RECLUSAS HACINADAS EN PABELLÓN DE MUJERES EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO - Cárcel del Cunduy / REPARACIÓN POR DAÑOS CAUSADOS A LA INTEGRIDAD Y DIGNIDAD DE MUJERES RECLUIDAS EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS - Ante la grave condición de hacinamiento y salubridad / SACRIFICIO DE LA DIGNIDAD E INTEGRIDAD DE LAS MUJERES RECLUIDAS EN EL CENTRO CARCELARIO EL CUNDUY / AUSENCIA DE UN RÉGIMEN DE RECONFIGURACIÓN DE DERECHOS HUMANOS HACIA LA POBLACIÓN CARCELARIA - Por parte del Estado**

**Problema Jurídico 2:** *¿Es viable conceder el reconocimiento e indemnización por el daño causado a la parte actora, con ocasión de la situación de hacinamiento y sobrepoblación carcelaria en el pabellón de mujeres de la cárcel del Cunduy?*

**Tesis 2:** "[L]a Sala reconocerá que ocurrió un daño que consistió en el sacrificio de la dignidad y la integridad de las internas, porque está plenamente acreditado y, en todo caso, coinciden con los alegados en la demanda. (...) [A juicio de la Sala,] [l]a imposición de las condenas o de las medidas de aseguramiento, en efecto, no trae consigo la expulsión de las prisioneras fuera de los márgenes del derecho, ni un despojo de su condición humana que habilite su degradación constante a fuerza del encierro en espacios inhumanos, en condiciones que hacen de su vida un reto aterrador. Ese adjetivo describe la vida en reclusión de estas mujeres, en que cada una ha llegado a vivir en un mínimo espacio de 2.1 metros

totales disponibles, sin renovación del aire, rodeadas de humedad e insectos, sumergidas en hedores, sin áreas comunes, y con apenas dos baterías sanitarias ruinosas y sin puertas. Todas estas circunstancias constituyen tratos degradantes accesorios al cumplimiento de la condena o de la medida de aseguramiento, que generan una violación de sus derechos a la integridad y a la dignidad, y un "sufrimiento especial y adicional a las mujeres detenidas". (...) La Sala nota que la tensión permanente en que malviven las mujeres en el Cunduy tiene como trasfondo la paradójica ausencia del Estado en un régimen de reconfiguración de los derechos a cargo del propio Estado, en el que se restringen algunos y se deben proveer las condiciones para garantizar los demás. En las condiciones de hacinamiento y abandono que caracterizan el Cunduy, la restricción de los derechos a la intimidad y a la libertad, no se compensan con garantías efectivas a la dignidad e integridad a cargo del gobierno penitenciario."

**ACCIÓN DE GRUPO - Accede / HACINAMIENTO CARCELARIO / SOLICITUD DE REPARACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS A RECLUSAS HACINADAS EN PABELLÓN DE MUJERES EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO - Cárcel del Cunduy / ACREDITACIÓN DE TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES A LA POBLACIÓN FEMENINA CARCELARIA - En la cárcel del Cunduy /**

**ACREDITACIÓN DE VIOLENCIA BASADA EN EL GÉNERO DE LA POBLACIÓN CARCELARIA - Al versen afectadas las mujeres reclusas de la cárcel del Cunduy / OMISIÓN DE LAS AUTORIDADES CARCELARIAS PARA MANTENER LAS CONDICIONES MÍNIMAS DE SALUBRIDAD E HIGIENE DE LA POBLACIÓN CARCELARIA**

**Problema Jurídico 3:** *[La Sala determinará si con ocasión de la omisión de las autoridades demandadas de atender las necesidades mínimas de salubridad e higiene de las accionantes, se afectaron sus derechos fundamentales a la intimidad, la vida digna y la salud, vulnerando con ello el tratamiento positivo y de enfoque de género que deben tener frente a la población carcelaria].*

**Tesis 3:** “[La Sala observa que.] [e]n la cárcel del Cunduy ninguna de las necesidades básicas de las mujeres se ha atendido adecuadamente. Entre ellas, vale la pena resaltar las que han identificado el CPT y Naciones Unidas. Ese pabellón, en efecto, no cuenta con disponibilidad de instalaciones sanitarias y de lavado seguras y privadas, no permite el acceso a artículos de higiene femenina -como compresas sanitarias- sin pasar por situaciones embarazosas-, y evidentemente no ha puesto a disposición de las internas mecanismos seguros para eliminarlas cuando hayan sido utilizadas. La Sala encuentra acreditado que las mujeres en el Cunduy deben hacer fila para ir al baño durante el día y no pueden acceder a las baterías sanitarias de noche sin exponerse a penosas, e incluso peligrosas, situaciones. De acuerdo con la evidencia, los baños no ofrecen seguridad ni privacidad, y no se ha puesto a disposición de las mujeres ningún dispositivo para la

gestión de elementos de higiene femenina como compresas sanitarias usadas. Según lo que se ha acreditado, estas mujeres debieron adecuar baldes sin ninguna condición de bioseguridad para acumular desechos de todo tipo, sobre los sitios en que duermen. En este penal, la omisión de responder a esas necesidades básicas de las mujeres las ha sometido a una degradación constante, a una amenaza permanente y a un alto y constante gado de humillación, en una situación de absoluta imposibilidad de evadirlas. Se les ha sometido a un trato cruel, inhumano y degradante que constituye, además, un tipo de violencia basada en el género por los efectos que sólo pueden padecer las mujeres, de acuerdo con los estándares de la Corte Constitucional, la Corte IDH, el CTP y los de Naciones Unidas. (...) La Sala encuentra suficientemente acreditada la ocurrencia de un trato cruel, inhumano y degradante que ha violado los derechos a la dignidad e integridad de las internas del Cunduy. No encuentra acreditado, en cambio, que en este caso, el hacinamiento y las demás condiciones degradantes puedan constituir una tortura, pues ella siempre involucra la intención de infligir dolor o sufrimiento deliberadamente a una persona indefensa o impotente y su instrumentalización para lograr un propósito particular.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 20 de noviembre de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 18001-23-33-000-2013-00216-01\(AG\).](#)

# SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

# SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

**1. Para acceder a la pretensión indemnizatoria, derivada de la nulidad del acto de adjudicación, es necesario acreditar que en el proceso de selección la propuesta del oferente se desestimó aun cuando era la más favorable.**

*Síntesis del caso: Se desestimó el recurso extraordinario de revisión que aducía la existencia de una nulidad originada en la sentencia por supuesta extralimitación del fallador de segunda instancia al desatar la apelación propuesta, tras considerarse que los tópicos resaltados en el recurso eran aspectos inescindibles ligados a la apelación que no sólo permitían al fallador su análisis sino que le obligaban a proceder al mismo para poder desatar la alzada, más teniendo en cuenta que al haberse declarado nulo el acto administrativo de adjudicación, resultaba evidente que, en la sentencia en la que se resolvió el recurso de apelación la Sección especializada del Consejo de Estado estaba facultada para examinar todo lo relacionado con los requisitos para tener derecho a la adjudicación, incluidos en el pliego de condiciones, los cuales no encontró acreditados.*

**COMPETENCIA DEL AD QUEM – Aspectos inescindibles ligados a la apelación / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA – Alcance / NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN / NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / EXTRALIMITACIÓN DE COMPETENCIA O FALTA DE CONGRUENCIA – Inexistente**

**Problema Jurídico 1:** *Determinar la competencia del ad quem para resolver el recurso de apelación de la sentencia revisada y si el mismo se extralimitó generando una afectación al principio de congruencia del fallo constitutivo de la causal extraordinaria de revisión relacionada con la nulidad originada en la sentencia.*

**Tesis 1:** “[S]e encuentra acreditado que fue la misma parte actora quien argumentó, en el libelo introductorio y en el escrito de apelación, que su derecho a reclamar la indemnización de los perjuicios se originó por “haber llenado todos los requisitos de la licitación”, constituyéndose en el único licitante hábil, motivo que le confería el derecho a resultar beneficiado con la adjudicación. Las dos circunstancias referidas, aunadas al marco normativo y jurisprudencial que regula la figura del restablecimiento del derecho, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de adjudicación y, por ende, del contrato de concesión, llevan a la Sala a concluir que no existió ni extralimitación de la competencia ni mucho menos es dable predicar la existencia de un fallo incongruente. Lo anterior por cuanto, fue la misma parte actora, al solicitar el restablecimiento del derecho, quien fijó el marco de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver su caso, lo cual no podía hacerse al margen de las exigencias de esta figura jurídica en sede del medio de control de

controversias contractuales, en virtud de las cuales le corresponde al demandante, cumplir una doble carga procesal; de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y, de otra, probar que efectivamente cumplía con todas las exigencias del pliego de condiciones y que su propuesta era la mejor y más conveniente, en términos del servicio público, para la Administración. Sobre estos dos aspectos, en sentencia del 11 de agosto de 2010, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, reiterada entre otras, en providencia del 12 de agosto de 2014, advirtió que, para acceder a la pretensión indemnizatoria, derivada de la nulidad del acto de adjudicación, es necesario acreditar que en el proceso de selección la propuesta del oferente se desestimó aun cuando era la más favorable (...) [C]orrespondía al juez encargado de resolver el recurso de apelación establecer estas circunstancias, sin cuya concurrencia no le era posible reconocer el derecho reclamado, teniendo no solamente la competencia sino también el deber jurídico de verificarlas en el proceso, pues solo en la medida de su efectiva comprobación procedía su decreto, de tal manera que se estaba resolviendo precisamente el argumento objeto de la apelación en los aspectos que le son consustanciales a lo debatido en el proceso.”

**Tesis 2:** “[S]e demostró que (...) no se dio un fallo extra petita, en la medida en que con la decisión adoptada al resolver el recurso de apelación se confirmó la decisión de negar la pretensión indemnizatoria, lo cual no excede lo solicitado por las partes ni el objeto del debate procesal. (...) [L]a Sala de Revisión igualmente desestima el argumento según el cual lo único que podía hacer el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “A” era determinar si la oferta presentada por la unión temporal de los demandantes les daba derecho a acceder a los treinta y cinco (35) puntos otorgados a la mejor propuesta económica, con ocasión de la descalificación de la oferta de la Unión Temporal Empresarios del Caribe, toda vez que lo que le correspondía era verificar si efectivamente se trataba de un proponente hábil, por haber dado alcance a la totalidad de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y sus adiciones y reformas y, únicamente, al superar este aspecto le era dable analizar si era procedente asignarle el mayor puntaje para que se tuviera como adjudicatario del contrato. Resulta contradictoria la alegación de la parte recurrente, según la cual en el proceso se debía debatir y declarar la calidad de licitante hábil de su competidor, la cual se resolvió en forma definitiva en el acto adjudicación que puso fin al procedimiento contractual -que fue declarado nulo- y, simultáneamente, argumentar que el juez carecía de competencia para revisar esa misma condición, esto es, el cumplimiento de los requisitos habilitantes, en relación con su propuesta. [S]i la evaluación técnica, jurídica y financiera no se encontraba definida en la etapa previa a la adjudicación para la Unión Temporal Empresarios del Caribe tampoco lo estaba para la recurrente. Tan así es

que las observaciones se resolvieron en este acto que es el único que se puede tener como definitivo frente a la actuación contractual, dada la forma como la Administración en el caso concreto, adelantó el proceso licitatorio, dando con ello lugar a que se decretara la nulidad. [F]ueron precisamente las irregularidades en las actuaciones previas a la adjudicación, referidas a la evaluación de las propuestas, así como las consideraciones expuestas en el acto administrativo definitivo en torno a las observaciones planteadas por la unión temporal que no resultó favorecida con el contrato, que la jurisdicción contenciosa declaró su nulidad absoluta. Refuerza la argumentación de la Sala, en orden a descartar la configuración de las causales de nulidad originadas en la sentencia alegadas por la parte recurrente, la potestad que le confiere al juez de lo contencioso administrativo el inciso final del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, de “estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas”, al momento de resolver sobre el restablecimiento del derecho pretendido como consecuencia de la nulidad del acto administrativo de adjudicación. En consecuencia, la autoridad judicial estaba plenamente facultada para estatuir disposiciones en reemplazo del acto de adjudicación contenido en la Resolución No. 498 del 29 de noviembre de 2000, declarada nula, máxime cuando encontró que en esa oportunidad la entidad pública no se pronunció sobre las observaciones que efectuaron los proponentes a la evaluación de las ofertas, por considerar que no era necesario, en consideración a que uno solo de los participantes había superado el puntaje mínimo exigido.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala veintisiete especial de decisión, Sentencia del 27 de octubre de 2020, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-15-000-2019-02361-00 \(REV\).](#)

## 2. Prosperidad de causal invocada en acción de revisión especial requiere que reconocimiento pensional sea otorgado por una sentencia o que sea el resultado de una transacción o conciliación.

**Síntesis del caso:** *La Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social –UGPP– interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del 7 de noviembre de 2019, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con fundamento en las causales consagradas en los literales a) y b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, esto es, cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación del debido proceso y cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, tras considerar que el Tribunal Administrativo del Cauca en la sentencia de primera instancia y el Consejo de Estado al confirmarla, negaron la nulidad de la Resolución 027305 de 2017, afirmando que la prestación reconocida al señor José Salomón Jiménez Coque fue una pensión ordinaria de vejez, de*

*conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y 62 de 1985, sin tener en cuenta que en el acto administrativo que se demandó, se demarcaron las normas bajo las cuales se reconoció la prestación y estableció que se reconocía una pensión gracia, prestación para la cual el demandado no cumplía con los requisitos que le permitieran ser beneficiario.*

**ACCIÓN DE REVISIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 797 DE 2003 – Naturaleza especial / ACCIÓN DE REVISIÓN ESPECIAL – Procedencia / RECONOCIMIENTO PENSIONAL PARA PROSPERIDAD DE CAUSAL INVOCADA – Debe ser otorgado por una sentencia o ser el resultado de una transacción o conciliación / RECURSO ESPECIAL DE REVISIÓN – Se declara infundado**

**Problema Jurídico:** *Determinar la procedencia del recurso especial de revisión contra sentencia que se pronunció sobre la legalidad de acto administrativo de reconocimiento pensional, cuando demandante no logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto que reconoció la pensión dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.*

**Tesis:** “[A]l revisar con detenimiento el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, se advierte que la acción de revisión especial procede contra sentencias que hayan decretado (i) un reconocimiento que imponga la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o, (ii) una pensión de cualquier naturaleza. Así mismo, la norma dispone que también procede cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial. Así las cosas, la acción de revisión exige que el reconocimiento pensional sea otorgado en una sentencia, o sea el resultado de una transacción o conciliación. Ahora, si bien el recurrente afirma que en este caso procede el estudio puesto que al negarse las pretensiones de la demanda, se “mantiene” el reconocimiento de la pensión, y por tanto hay lugar a estudiar: (i) si ese reconocimiento pensional fue obtenido con violación al debido proceso, y (ii) si la cuantía excede lo debido de acuerdo con la ley; debe precisarse que dicha conjetura no está llamada a prosperar, puesto que como se dijo en precedencia, la revisión es una acción especial, que tiene como objeto o finalidad controvertir las sentencias, transacciones o conciliaciones que reconocen la obligación de cubrir sumas periódicas de dinero o pensiones de cualquier naturaleza pagadas con cargo al tesoro público. De manera que para la prosperidad de las causales del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, no es lo mismo el reconocimiento de una pensión a través de un acto administrativo, que por medio de una sentencia; y

mucho menos puede equipararse una sentencia que niega las pretensiones de declarar la nulidad de un acto que reconoce una pensión, con una sentencia que reconoce o decreta una prestación o una pensión, para efectos de su estudio en sede del recurso extraordinario de revisión. Entonces, como la pensión fue reconocida por CAJANAL a través de un acto administrativo, es claro que no puede hacerse el estudio de las causales de revisión alegadas, puesto que ambas requieren que el reconocimiento de la pensión se haya hecho en una sentencia, conciliación o transacción. (...) la UGPP inició el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho en contra del acto administrativo proferido por la extinta CAJANAL, con el que pretendía su declaratoria de nulidad. De manera que esa entidad no puede pretender que por medio de las causales a) y b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, se lleve a cabo una tercera instancia en donde se revise la pensión reconocida en un acto administrativo, ya que como se dijo, el recurso extraordinario con fundamento en esas causales, tiene por objeto revisar sentencias, conciliaciones o transacciones que hayan ordenado o decretado el pago de sumas de dinero o de pensiones. (...) [S]i la UGPP no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto que reconoció la pensión dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, no puede a través de esas causales, buscar que se realice dicho estudio. Al respecto, debe recordarse que el recurso extraordinario de revisión es excepcional, toda vez que afecta principios básicos del Estado Social de Derecho como lo son la cosa juzgada y la seguridad jurídica, por lo que el análisis que se haga en virtud del mismo debe hacerse con fundamento en las causales establecidas en la ley, sin que sea posible incluir causales nuevas o tratar de acomodar alguna para desbordar el análisis por parte del juez.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala sexta especial de decisión, Sentencia del 3 de noviembre de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-15-000-2020-03047-00 \(REV\).](#)

# SALAS ESPECIALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA

**1. Deniegan solicitud de pérdida de investidura de congresista José Vicente Carreño Castro por no acreditarse que el investigado indujo a los funcionarios de su UTL a apoyar o contribuir en dinero o en especie a determinadas campañas del partido Centro Democrático o que incurriera en indebida destinación de dineros públicos.**

*Síntesis del caso: "... El ciudadano Manuel Segundo Unda García solicita que se decrete la pérdida de investidura del congresista José Vicente Carreño Castro –representante a la Cámara por Arauca– porque, según se afirma en la petición, el demandado nombró en su Unidad de Trabajo Legislativo-UTL a funcionarios que no han realizado ninguna función propia de los cargos que ocupan y, por el contrario, apoyaron a candidatos del partido Centro Democrático en las elecciones territoriales que se desarrollaron el 27 de octubre de 2019, razón por la que se habrían configurado las causales establecidas en el numeral 4 del artículo 183 y 110 de la Constitución Política..."*

**INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS – Presupuestos de configuración / FUNCIONARIOS DE LAS UTL – Pueden trabajar fuera de la sede del Congreso / TESTIGO SOSPECHOSO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Causal numeral 4 artículo 183 de la Constitución Política / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Causal del artículo 110 de la C.P. –INDUCIR A FUNCIONARIOS DE LA UTL A CONTRIBUIR A FAVOR DE PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS/ PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Elementos objetivos de las causales citadas**

**Problema Jurídico 1:** *¿Incurrió el demandado en indebida destinación de dineros públicos al certificar el cumplimiento de funciones por parte de integrantes de su UTL que en realidad incumplían las funciones que les correspondían?*

**Tesis 1:** "[E]n el sub lite, el demandante hizo consistir la indebida destinación de dineros públicos en la supuesta certificación de cumplimiento de funciones a las señoras Glenda Yelitza Rodríguez Moncada y Paola Andrea Grisales Otálvaro. Por consiguiente, se entiende configurado el primer elemento objetivo de la causal, esto es, que el demandado sea congresista y tenga la disponibilidad jurídica y material de destinar dineros públicos. (...) [S]e cumplió con el segundo presupuesto o elemento de la configuración de la

causal, toda vez que los salarios y prestaciones sociales percibidas por las funcionarias Glenda Yelitza Rodríguez Moncada y Paola Andrea Grisales Otálvaro eran dineros públicos, pues provinieron del presupuesto general de la Nación y el congresista autorizó el pago de los mismos, por lo que actuó como administrador indirecto de los mismos. Por último, el tercer elemento de la causal de pérdida de investidura estudiada es que los dineros hayan sido indebidamente destinados. (...) [C]omo lo concluyó la Sala Especial 27 de Decisión, sentencia del 3 de diciembre de 2019, exp. 11001-03-15-000-2019-00771-00, M.P. Rocío Araújo Oñate, los funcionarios de las UTL no necesariamente deben trabajar desde la sede del Congreso de la República, pues es factible que desarrollen las labores propias de sus cargos en lugares o territorios donde lo determine el respectivo

congresista. Esta conclusión fue reafirmada por el legislador con la Ley 2029 de 2020, normativa que fijó la hermenéutica del artículo 388 de la Ley 5 de 1992, para avalar expresamente que los funcionarios adscritos a las UTL pueden trabajar fuera de la sede del Congreso, siempre y cuando cumplan las funciones encomendadas. (...) [N]o es posible acceder a la pretensión principal de pérdida de investidura, en primer lugar, porque no se probó que las citadas funcionarias incumplieran las funciones que les correspondían; por el contrario, se demostró que brindaron apoyo y asesoría desde la ciudad de Arauca, a diferencia de lo aducido por el solicitante y, segundo, porque una nueva normativa avaló expresamente que los funcionarios de las UTL pudieran servir de apoyo legislativo, social, político y de control, en cualquier lugar del territorio nacional, donde el correspondiente congresista lo requiera.”

**Problema Jurídico 2:** *“[D]ecidir si se configuró o no la causal de pérdida de investidura contenida en el artículo 110 de la Constitución Política y, en tal sentido, deberá establecer si el congresista investigado ordenó a sus funcionarios Leandro Vargas Ortiz, John Anderson Ramírez Buitrago y Julián Camilo Forero Agudelo apoyar las campañas territoriales a los concejos municipales y a la Asamblea Departamental de Arauca”.*

**Tesis 2:** “[N]o quedó demostrado el verbo rector de la conducta, por cuanto el solicitante no acreditó que el congresista demandado hubiera inducido a los funcionarios de su UTL a contribuir en dinero o en especie a candidatos a elecciones territoriales. El señor John Anderson Ramírez –asistente II de la UTL– fue el único testigo que se refirió a una supuesta reunión en la cual el congresista demandado habría dado la orden de apoyar en especie a los candidatos al concejo de Arauca del partido Centro Democrático; no obstante, este testigo fue tachado de sospechoso por la parte demandada –petición coadyuvada por el Ministerio Público– con fundamento en dos consideraciones: i) el citado señor John Anderson Ramírez fue declarado insubsistente por el congresista demandado y ii) la dirección de notificaciones de un derecho de petición presentado por el señor Ramírez coincide con la dirección de notificaciones del señor Manuel Segundo Unda García, esto es, el ciudadano solicitante de la desinvestidura. (...) [N]o se configuran los presupuestos objetivos de las causales contenidas en el numeral 4 del artículo 183 y del artículo 110 de la Constitución Política, razón por la cual la Sala se abstendrá de efectuar el juicio subjetivo de la causal y, como consecuencia, denegará la solicitud de pérdida de investidura del congresista demandado”.

[Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Sentencia del 21 de octubre de 2020, C.P. María Adriana Marín, radicación 11001-03-15-000-2020-00517-00 \(PI\).](#)

## 2. Participación de congresista en las etapas subsiguientes a la celebración del contrato no es constitutiva de inhabilidad por intervención en gestión de negocios.

**Síntesis del caso:** “... El señor David Ricardo Alarcón López solicitó la pérdida de investidura del Representante a la Cámara por Bogotá, señor Enrique Cabrales Baquero, elegido para el periodo constitucional 2018-2022, con fundamento en (i) la causal prevista en el numeral 1° del artículo 183 de la Constitución Política, en concordancia con lo establecido en los numerales 3° de los artículos 179 *ibídem* y 280 de la Ley 5 de 1992, esto es, por desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades al contratar con entidades públicas dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección, y (ii) en el desconocimiento de lo establecido en el numeral 5 del artículo 10 de la Ley 1475 de 2011.”

**VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDAD POR HABER INTERVENIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ANTE ENTIDADES PÚBLICAS CON INTERÉS PROPIO O DE TERCEROS – Reglas de configuración / CONTRATOS DE RÉGIMEN EXCEPTUADO – Requisitos de perfeccionamiento aplicables / PARTICIPACIÓN DE CONGRESISTA EN ETAPAS SUBSIGUIENTES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO – No configuran inhabilidad**

**Problema Jurídico 1:** *¿Cuál es el alcance de la causal de desinvestidura relacionada con violación del régimen de inhabilidad por haber intervenido en la celebración de contratos ante entidades públicas con interés propio o de terceros?*

**Tesis:** “[T]ratándose de los contratos de régimen exceptuado deben tenerse en cuenta los requisitos de perfeccionamiento aplicables a cada caso concreto, con el fin de determinar en qué momento se entiende celebrado el negocio jurídico respectivo. - No todos los contratos suscritos con entidades estatales dan lugar a la estructuración de la inhabilidad, tal como sucede con los servicios que el Estado ofrece a las personas en condiciones comunes o normales (v.gr., contratos bancarios, de seguros y de salud). - La participación del congresista en las etapas subsiguientes a la celebración del contrato, como por ejemplo su ejecución y liquidación, no tiene la potencialidad de configurar la inhabilidad analizada porque la lectura restrictiva de la norma sancionatoria impide que se haga una aplicación extensiva o analógica de la inhabilidad y, por ende, de la causal de pérdida de investidura a etapas contractuales que no fueron previstas expresamente por el Constituyente (...) En el caso concreto, el periodo inhabilitante de 6

meses anteriores a la elección correspondía al comprendido entre el 11 de septiembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018, fecha esta última en la que se llevó a cabo la elección a la Cámara de Representantes. Siendo así, los contratos celebrados por el hoy representante a la cámara, señor Enrique Cabrales Baquero, lo fueron antes del periodo inhabilitante, pues tuvieron lugar en los meses de marzo y agosto de 2017, cuando el periodo para la inhabilidad iniciaba en septiembre del mismo año. En esas condiciones, se repite, la causal de pérdida de investidura no se configura. (...) Esta Sala Especial de Decisión no desconoce que el apoderado del demandante solicitó modificar el precedente jurisprudencial aplicable a la causal examinada, con el fin de que etapas posteriores a la celebración del contrato -tal como sucede con la ejecución y liquidación- den lugar a la configuración de la causal de pérdida de investidura. Sin embargo, la lectura restrictiva de la norma sancionatoria impide que se haga una aplicación extensiva o analógica de la inhabilidad y, por ende, de la causal de pérdida de investidura a etapas contractuales que no fueron previstas expresamente por el Constituyente. En consecuencia, no es posible acceder a la solicitud de la parte actora.”

[Consejo de Estado, Sala Trece Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, Sentencia del 16 de octubre de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación 11001-03-15-000-2020-03518-00 \(PI\).](#)

### **3. Se niega pérdida de investidura respecto a la congresista Angélica Lozano Correa por no encontrarse configurada la inhabilidad demandada.**

*Síntesis del caso: Formulado recurso de apelación contra sentencia que negó la declaratoria de pérdida de investidura, la Sala Plena desestimó la alzada luego de concluir que no estaban dados los presupuestos de la causal de inhabilidad deprecada como constitutiva de desinvestidura, concluyendo que, la notificación de la sentencia sin la totalidad de aclaraciones o salvamentos efectuados a la misma no afectaba el debido proceso del demandante, así como que no era procedente analizar la existencia de una unión marital de hecho entre la demandada y su esposa, anterior al matrimonio civil, pues dicho tópico no hizo parte del libelo de la demanda, análisis que, de encausarse en ese sentido sería constitutivo de una afectación a las garantías fundamentales de la demandada.*

**ACLARACIÓN DE VOTO – Trámite / NOTIFICACIÓN DE PROVIDENCIA SIN INCLUSIÓN DE SALVAMENTOS DE VOTO – No lesiona el derecho al debido proceso / CENSURA RESPECTO DE UNIÓN MARITAL DE HECHO – No fue formulada en la demanda de pérdida de investidura / CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL / FACTOR TEMPORAL DE LA CAUSAL – No se estructura**

**Problema Jurídico 1:** *¿Existe afectación al debido proceso cuando se noticia la sentencia sin los salvamentos o aclaraciones de voto efectuados a dicho pronunciamiento?*

**Tesis 1:** “[E]s oportuno resaltar que el artículo 129 del CPACA prevé el derecho de los magistrados para salvar o aclarar su voto frente a las providencias y establece que «una vez firmada y notificada la providencia (...) [E]l expediente permanecerá en secretaría por el término común de 5 días», para que, si así lo desea, allegue el escrito con el que sustente su decisión. En atención a lo anterior, si bien las aclaraciones de voto efectuadas frente a la sentencia de primera instancia no se le pusieron en conocimiento al accionante al momento de notificarle la providencia, por haber sido emitidas con posterioridad, también lo es que ello no vulnera el derecho al debido proceso, pues, el plazo que se concede para incorporar el escrito que contiene un salvamento o aclaración de voto se extiende hasta después de la notificación de las providencias. (...) [T]eniendo en cuenta que el salvamento o aclaración de voto no incide en la decisión final, es decir, en la providencia que se emite, no resulta necesario su notificación a las partes, así como tampoco integrarlos a la providencia para efectos de que sea notificada ya que, como lo ha manifestado esta Corporación, es la providencia final la que resuelve los asuntos en derecho y sobre la cual proceden los recursos legales.”

**Problema Jurídico 2:** *¿Están dados los presupuestos para considerar estructurada la inhabilidad de que trata el numeral 5 del artículo 179 de la Constitución Política respecto de la congresista Lozano Correa?*

**Tesis 2:** “[E]l accionante, al momento de presentar los alegatos en audiencia pública, manifestó que debía estudiarse la configuración de un vínculo de unión marital de hecho entre la senadora y la señora Claudia Nayibe López Hernández, anterior al matrimonio civil. Sobre el particular se estima, en primer término, que esta censura no fue formulada en la solicitud de pérdida de investidura ni en el recurso de apelación,

no siendo los alegatos, la oportunidad procesal para adicionar o modificar lo señalado inicialmente. En segundo término, que entrar a analizar de fondo este asunto, vulneraría el derecho fundamental al debido proceso, defensa y contradicción de la congresista, por cuanto no se le brindó la oportunidad de defenderse de este punto, dado que, se insiste, no fue debatido en la oportunidad pertinente. Y, en tercer término, que dicha unión marital de hecho a la que se refiere el accionante, no fue acreditada con ninguna prueba, motivos todos estos por los cuales no es dable pronunciarse sobre ese presunto vínculo. (...) (v) La circunscripción territorial. De conformidad con lo establecido en el artículo 171 de la Constitución Política, las elecciones al Senado de la República se llevan a cabo a través de la circunscripción electoral nacional. Por su parte, en atención a lo dispuesto en los artículos 323 y 327 de la Constitución Política y el artículo 36 de la Ley 1421 de 1993, el alcalde mayor del Distrito Capital de Bogotá es elegido por la circunscripción territorial del Distrito Capital. Así, teniendo en cuenta que, de acuerdo a las normas citadas y al artículo 179 in fine de la Constitución Política, estas dos circunscripciones electorales no resultan coincidentes, el elemento territorial no se configura en este asunto. (vi) Ahora bien, en cuanto al factor temporal de la inhabilidad contemplada en el numeral 5.º del artículo 179 de la Constitución Política, se observa que, primero, la senadora Angélica Lisbeth Lozano Correa fue elegida en los comicios realizados el 11 de marzo de 2018; segundo, el vínculo matrimonial antes referido se efectuó con posterioridad a ello, esto es, el 16 de diciembre de 2019; y, tercero, la señora Claudia Nayibe López Hernández se posesionó como alcaldesa del Distrito Capital, el 1.º de enero de 2020. Todas estas circunstancias desvirtúan la configuración de dicho elemento, pues, queda claro que al momento de la inscripción y elección de la congresista esta no tenía ningún vínculo matrimonial vigente con un funcionario público que ejerciera autoridad civil y política, dándose este presupuesto más de un año después de que resultara electa como senadora.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de octubre de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 11001-03-15-000-2020-00061-01 \(PI\).](#)

**Aclaración de voto del magistrado César Palomino Cortés**

**ACLARACIÓN DE VOTO / ELEMENTO TEMPORAL DE CAUSAL DE INHABILIDAD DEL ARTÍCULO 179 NUMERAL 5 – No puede abarcar un término no previsto en la norma**

**Tesis:** “[L]a razón de mi aclaración de voto radica en que la decisión se soporta en la sentencia de unificación que profirió la sala el 29 de enero del 2019, dentro del expediente 11001-03-28-000-2018-00031-00, con la cual no estuve de acuerdo cuando la mayoría concluyó que el elemento temporal de la causal de inhabilidad del artículo 179.5 de la Constitución Política se presenta desde que el congresista inscribe su candidatura hasta la fecha de la elección. Del anterior criterio el suscrito se apartó como, efectivamente, lo expuse en mi salvamento de voto a la sentencia del 29 de enero de 2019, al señalar que la aplicación de la causal de inhabilidad exige una interpretación restrictiva, bajo el principio pro libertate, esto es, entre varias interpretaciones

posibles de una norma que regula una prohibición, ha de preferirse aquella que menos limite el derecho de las personas. Expresé que en la interpretación de la causal no se podía abarcar un plazo no previsto en la norma o llegar al extremo de modificarla; tampoco limitar el derecho fundamental de elegir y ser elegido. La interpretación efectuada por la Sala Plena en la sentencia del 29 de enero de 2019 resulta contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque implica una prohibición al acceso a un cargo de elección popular “creada” por vía de interpretación judicial y no por una norma, en este caso constitucional.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de octubre de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 11001-03-15-000-2020-00061-01 \(PI\). A.V magistrado César Palomino Cortés.](#)

#### Aclaración de voto del magistrado José Roberto Sáchica Méndez

#### ACLARACIÓN DE VOTO / INTERPRETACIÓN DEL NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 179 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA – Errada al considerar que quien aspira a ser senador no está cobijado por esta causal

**Tesis:** “[E]stimo que la interpretación que se revela como respetuosa de los principios de legalidad y taxatividad consiste en señalar que la estructuración temporal de la causal de inhabilidad prevista en el

artículo 179-5 de la Constitución Política tiene lugar el día de la elección correspondiente, dado que la norma prevé un supuesto de inelegibilidad como congresista, mas no una cortapisa para ser candidato a un cargo de elección popular.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de octubre de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 11001-03-15-000-2020-00061-01 \(PI\). A.V magistrado José Roberto Sáchica Méndez.](#)

#### Aclaración de voto del magistrado Marta Nubia Velásquez Rico

#### ACLARACIÓN DE VOTO / INHABILIDAD – No puede estructurarse a partir del día de la inscripción de la candidatura al cargo de elección popular

**Tesis:** “[E]stimo que la interpretación que se revela como respetuosa de los principios de legalidad y taxatividad consiste en señalar que la estructuración temporal de la causal de inhabilidad prevista en el artículo 179-5 de la

Constitución Política tiene lugar el día de la elección correspondiente, dado que la norma prevé un supuesto de inelegibilidad como congresista, mas no una cortapisa para ser candidato a un cargo de elección popular.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de octubre de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 11001-03-15-000-2020-00061-01 \(PI\). A.V magistrada Marta Nubia Velásquez Rico.](#)

# CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

# 1. Declaran nulidad de aparte de resolución No. 00453 del 3 de abril de 2020 proferida por la Fiscalía General de la Nación relacionada con la suspensión de términos de las actuaciones del trámite administrativo de pago de sentencias y conciliaciones.

**Síntesis del caso:** *“Analizada la legalidad de las medidas adoptadas por la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución Núm. 00453 del 3 de abril de 2020, por la cual, entre otras cosas, se dispuso la suspensión de los términos de las actuaciones del trámite administrativo de pagos de sentencias y conciliaciones se consideró que la misma carecía de conexidad con el Decreto Legislativo que decía desarrollar, devenía desproporcionada y lesionaba el derecho de acceso a la administración de justicia, por lo que se declaró la nulidad del acápite respectivo”.*

**SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS LEGALES DE LAS ACTUACIONES DEL TRÁMITE ADMINISTRATIVO DE PAGO DE SENTENCIAS Y EN PROCESOS DE COBRO COACTIVO – No incluye las conciliaciones / VICIOS RELACIONADOS CON LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – No incide en su validez**

**Problema Jurídico:** *¿Es procedente declarar la legalidad de la Resolución Núm. 00453 del 3 de abril de 2020 en lo que respecta a la suspensión de términos para efectuar el trámite administrativo de pago de sentencias y conciliaciones?*

**Tesis:** “[L]a Sala considera que la medida consistente en la suspensión del trámite administrativo de pago de conciliaciones prevista en el artículo primero de la Resolución Núm. 00453 de 3 de abril de 2020, carece de conexidad con el parágrafo 1° del artículo 6° del Decreto Legislativo Núm. 491 de 2020, que solo se refirió al pago de sentencias judiciales, por lo que se debe declarar la nulidad del aparte «[...] y conciliaciones [...]». Adicionalmente, se estima que la medida consistente en la suspensión del trámite administrativo de pago de sentencias no es proporcional ni necesaria para efectos garantizar el debido proceso y la vida e integridad física de particulares y servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, en la medida en que este trámite es de naturaleza interna a cargo de esta entidad y por ello resulta posible realizarla en tanto aquella señaló, en el parágrafo del artículo primero de la resolución

objeto de control, que la medida no implicaría la suspensión de las labores de la dirección encargada de aquellas diligencias y que avanzaría en la sustanciación de los asuntos a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa o la realización de las labores que le fueran asignados a los servidores públicos por los jefes inmediatos. La medida, entonces, constituye el incumplimiento de los fallos judiciales que se encuentran pendientes de pago y, por ello, el quebrantamiento del derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, que involucra que los fallos adoptados se cumplan efectivamente. Finalmente, La medida adoptada en la Resolución Núm. 00453 de 3 de abril de 2020, expedida por el Fiscal General de la Nación, Francisco Roberto Barbosa Delgado, consistente en la suspensión de los términos de los procesos de cobro coactivo prevista en su artículo primero, guarda conexidad, consonancia y proporcionalidad con las causas que dieron origen al estado de emergencia económica, social y ecológica declarado en el Decreto Legislativo 417 de 17 de marzo de 2020 y con el Decreto Legislativo Núm. 491 de 2020, expedido en virtud de tal estado de excepción.”

[Consejo de Estado, Sala Veinte Especial de Decisión, Sentencia del 23 de octubre de 2020, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 11001-03-15-000-2020-01493-00 \(CA\).](#)

## 2. Se declara improcedente el control inmediato de legalidad de la Resolución 0100 No. 0110-0246 del 24 de marzo de 2020, proferida por el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, por no ser desarrollo del Decreto Legislativo 440 de 2020.

**Síntesis del caso:** *Se efectuó control inmediato de legalidad a la Resolución 0100 No. 0110-0246 del 24 de marzo de 2020 de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, «por medio de la cual se establecen medidas transitorias para el trámite contable, presupuestal y de pago de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, con ocasión de la emergencia generada por el COVID19».*

**CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Objeto / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Procedencia / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Elementos formales y materiales / RESOLUCIÓN 0100 No. 0110-0246 DEL 24 DE MARZO DE 2020 DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA - Improcedente control inmediato de legalidad**

**Problema jurídico:** *¿La Resolución 0100 No 0110-0246 del 24 de marzo de 2020 de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, se encuentra conforme, en sus aspectos formal y material, con las normas superiores que le sirvieron de fundamento y con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Excepción?*

**Tesis:** “[N]inguna de las medidas dispuestas en la Resolución 0100 No. 0110-0246 del 24 de marzo de 2020, desarrolla directamente el artículo 9 del Decreto Legislativo 440 de 2020, pues aunque se refieren a la realización del pago a los contratistas por el mes de marzo, de manera excepcional y transitoria sin la realización de los descuentos de orden legal y las causaciones contables y trámites presupuestales, no están dirigidas a la implementación de medios electrónicos para la recepción, trámite y pago de las facturas y cuentas de cobro de los contratistas. [...] En ese orden, no resulta procedente el control inmediato de legalidad de dicho acto administrativo en el entendido que no desarrolla un decreto legislativo proferido en el marco del estado de excepción [...] Destaca la Sala Especial, que de acuerdo con el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, el control inmediato de legalidad procede frente a medidas de carácter general dictadas como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, por lo que no caben dentro del estudio de este medio de control aquellas medidas de carácter general proferidas en ejercicio de las atribuciones ordinarias que las autoridades deben ejercer en condiciones de normalidad. Así las cosas, dado que no se cumple con el requisito de que el acto haya sido expedido como desarrollo de los decretos

legislativos durante los Estados de Excepción, para la Sala es claro que no se dan los presupuestos del artículo 20 de la Ley 137 de 1994, en concordancia con el artículo 136 del CPACA, de suerte que no es procedente realizar un pronunciamiento de fondo sobre la legalidad de la resolución aludida. [...] Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Especial de Decisión núm. 9 concluye que en el presente caso es improcedente el control inmediato de legalidad de la Resolución 0100 No. 0110-0246 del 24 de marzo de 2020 debido a que: i) la medida de carácter general no fue dictada como desarrollo de un decreto legislativo proferido con ocasión del estado de excepción, sino en el marco de las competencias constitucionales y legales ordinarias asignadas al director de la Corporación Autónoma del Valle del Cauca de dirigir, coordinar, vigilar, controlar y evaluar la ejecución y cumplimiento de los objetivos, funciones, políticas, planes y programas inherentes al objeto de esa entidad y de ordenar los gastos, dictar los actos administrativos, realizar las operaciones y celebrar los contratos y convenios que se requieran para el normal funcionamiento de la CAR y ii) no resulta procedente dentro del análisis del medio de control excepcional previsto en el artículo 136 de la Ley 1437 de 2011, aquellas medidas de carácter general dictadas por el director de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca en ejercicio de sus atribuciones ordinarias, con ocasión de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social por lo que no se cumplen los presupuestos normativos del artículo 136 de la Ley 1437 de 2011 para emitir decisión sobre el fondo del asunto.”

[Consejo de Estado, Sala de Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Especial de Decisión No. 9, sentencia de 16 de octubre de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-15-000-2020-03527-00\(CA\).](#)

**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SECCIÓN PRIMERA

# 1. Se suspende el artículo 3 del Decreto 2087 de 2019 porque, prima facie, se advierte que transgrede los derechos fundamentales a la libertad de expresión, libertad de circulación y el derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica.

**Síntesis del caso:** *Se presentó demanda contra el Decreto 2087 del 19 de noviembre de 2019, "Por el cual se dictan medidas para el mantenimiento del orden público, en el marco de la garantía y respeto al derecho a la manifestación pública, pacífica y sin armas", proferido por el Presidente de la República, porque, a juicio de la parte demandante, vulnera los artículos 4, 20, 24, 37, 93, 121, 139, 189 (núm. 4), 212, 213 y 237 de la Constitución Política y la Ley 137 de 1994, y que éste se expidió en el marco de la convocatoria a un paro nacional que varios movimientos sociales y sindicales programaron para el 21 de noviembre de 2019.*

**DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA, PACÍFICA Y SIN ARMAS – Garantía y respeto / ORDEN PÚBLICO – Mantenimiento / CONSERVACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO – Adopción de medidas restrictivas en manifestaciones públicas / DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA – Su ejercicio puede alterar de manera pacífica y temporal el orden público / DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA – No puede ser censurado / DERECHO A LA PROTESTA – Solo se puede limitar cuando se presente una alteración anormal del orden público / DERECHO A LA PROTESTA – No puede limitarse por las autoridades cuando estas consideren que eventualmente puede afectarse el orden público / DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN – Garantía / DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN – Garantía / DERECHO A LA REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN PÚBLICA Y PACÍFICA – Garantía / INSTRUCCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO EN EL MARCO DE LA GARANTÍA Y RESPETO AL DERECHO A LA MANIFESTACIÓN PÚBLICA, PACÍFICA Y SIN ARMAS – Suspensión del artículo 3 del Decreto 2087 de 2019**

**Problema jurídico:** *Determinar si se debe decretar la suspensión provisional de los efectos del artículo 3 del Decreto 2087 del 19 de noviembre de 2019, "Por el cual se dictan medidas para el mantenimiento del orden público, en el marco de la garantía y respeto al derecho a la manifestación pública, pacífica y sin armas", expedido por el Presidente de la República.*

**Tesis:** "[E]l despacho accederá a la solicitud de suspensión provisional de los efectos del artículo tercero del Decreto 2087 del 19 de noviembre de 2019 por cuanto, prima facie, se advierte que transgrede los artículos 20, 24 y 37 de la Constitución Política, que establecen, en su orden, los derechos fundamentales a la libertad de expresión, libertad de circulación y el derecho a la reunión y manifestación pública y pacífica, por las razones que pasan a explicarse: (i) Como se explicó en precedencia, un Estado democrático, que reconoce el ejercicio legítimo del derecho a la manifestación pública, bien puede someterse a una alteración pacífica y temporal en el orden público, pues a través de este derecho se ejerce la participación y control político respecto de las actuaciones de las

autoridades públicas. (ii) Teniendo en cuenta el contenido del derecho a la manifestación pública y pacífica, se advierte que éste no puede ser censurado, menos por el eventual destinatario de la protesta, bajo la consideración de una posible o eventual alteración en las condiciones de la misma; en especial cuando la manifestación ha sido previamente anunciada y convocada públicamente, y el gobierno, no obstante los informes de inteligencia que pueda tener, conoce de antemano que el fin perseguido por sus organizadores se enmarca dentro de los parámetros que la Constitución y la ley confieren a este derecho fundamental. Pues un pronunciamiento proveniente de la autoridad que censure la protesta así convocada pone en riesgo la participación de quienes legítimamente adhieren a ella, en la medida en que los somete a la condición de verse expuestos a la actividad de policía convocada para atender alteraciones desmedidas del orden público. (iii) Sin embargo, mediante el artículo tercero del Decreto 2087 del 19 de noviembre de 2019, el Gobierno Nacional insta a los gobernadores y alcaldes para que, en aras de conservar el orden público, apliquen los artículos atrás citados, que son medidas adecuadas a condiciones de anormalidad; entre ellas, el toque de queda o la restricción a la

circulación de las personas en los lugares públicos, que implican censura a la protesta legítimamente convocada. (iv) En estos términos, el despacho considera que lo allí dispuesto constituye una transgresión al derecho a la manifestación pública y pacífica establecida en el artículo 37 Superior, así como a la libertad de expresión y a la libertad de circulación que se ejercen de manera concomitante con el derecho a la protesta, por cuanto sólo hay lugar a limitar esta garantía constitucional cuando se presente una alteración anormal del orden público, y no cuando las autoridades administrativas estimen a priori que una protesta social puede eventualmente afectarlo. (v) Adicionalmente, se observa que el decreto demandado fue expedido en ejercicio de la función de policía del Presidente de la República, la cual está sometida a lo previsto en la Constitución y la ley, así como a los principios de eficacia y necesidad del uso de

poder y a la proporcionalidad, razonabilidad y oportunidad de las medidas adoptadas. No obstante, del decreto acusado no es posible desprender ningún motivo que explique por qué es necesario, eficaz, proporcional y razonable que el Gobierno Nacional inste a los alcaldes a que usen sus facultades legales para el mantenimiento del orden público que es alterado de manera anormal, de manera previa a que se presente una movilización nacional. En consecuencia, el despacho decretará la medida cautelar de suspensión provisional del artículo tercero del Decreto 2087 del 19 de noviembre de 2019, "Por el cual se dictan medidas para el mantenimiento del orden público, en el marco de la garantía y respeto al derecho a la manifestación pública, pacífica y sin armas", proferido por el Presidente de la República, por encontrar, ab initio, que transgreden los artículos 20, 24 y 37 de la Constitución Política."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 9 de noviembre de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2019-00517-00.](#)

## 2. Se decreta la suspensión provisional respecto de los actos que otorgan una licencia ambiental para un proyecto de desarrollo hidroeléctrico en predios que hacen parte del plan de reparación de las víctimas del conflicto armado.

**Síntesis del caso:** *Se resuelve el recurso de súplica respecto de la decisión adoptada de suspender los efectos de las resoluciones núm. 168 de 13 de febrero de 2015, «Por medio de la cual se otorga una licencia ambiental y se toman otras determinaciones»; y 726 de 19 de junio de 2015, «Por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición en contra de la Resolución 168 del 13 de febrero de 2015», expedidas por la ANLA.*

**RECURSO DE SÚPLICA - Frente a decisión que decreta una medida cautelar de suspensión provisional / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Respecto del acto por medio del cual se otorga una licencia ambiental en predios que pueden ser objeto de restitución, retorno o reubicación de víctimas del conflicto armado en el municipio de San Carlos (Antioquia) / REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO / RESTITUCIÓN DE TIERRAS – Carácter preferente / DEBER DEL ESTADO – Velar por el cumplimiento de las normas relativas a la reparación integral de víctimas del conflicto armado / PRINCIPIOS DE COLABORACIÓN ARMÓNICA Y COORDINACIÓN – Vulneración / DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO – Garantía / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Procede**

**Problema jurídico:** *"[R]esolver si es procedente la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, por medio de los cuales la ANLA otorgó a la empresa PRODUCCIÓN DE ENERGÍA S.A.S. E.S.P. PROE S.A.S. E.S.P. licencia ambiental para el Proyecto "Desarrollo Hidroeléctrico del Río Samaná Norte-Proyecto PROVENIR II."*

**Tesis:** *"[S]e destaca que durante el proceso de licenciamiento del proyecto PORVENIR II, las autoridades intervinientes conocían el proceso de reparación que se estaba llevando a cabo con las víctimas de desplazamiento de esa zona; y si bien se solicitó concepto jurídico a la UARIV sobre su pertinencia, lo cierto es que al otorgar la licencia en cuestión se dejó de lado el deber del Estado de garantizar el proceso de*

reparación de las víctimas del conflicto armado y el de colaborar armónicamente con las autoridades correspondientes, a fin de culminar el proceso de restablecimiento de los derechos de las víctimas, en el marco del proceso que venía adelantado la UARIV, como esta entidad lo sostuvo en respuesta a las consultas elevadas por la demandada. De manera que, para la Sala, asistió razón al Consejero ponente en señalar que una interpretación de los artículos 2° y 209 de la Constitución Política, acorde con el derecho fundamental a la reparación y el carácter reforzado de la protección al derecho de propiedad de la población víctima del conflicto armado, imponía a la autoridad accionada supeditar el otorgamiento de la licencia ambiental al desarrollo y culminación del proceso de reparación de las víctimas localizadas en la zona de influencia del proyecto. En sentido similar, y de acuerdo con lo previsto en los artículos 72, 73 y 97 de la Ley 1448, la autoridad ambiental no podía desconocer que pese a que el proceso de una licencia ambiental no incluye de manera expresa aspectos relativos a la restitución de tierras, el hecho de otorgar la licencia sin atender los derechos de las víctimas, impide que el Estado pueda adoptar la medida de restitución de tierras de manera preferente, como lo indican las citadas disposiciones. Las

consideraciones expuestas en precedencia imponen desestimar los argumentos de la ANLA frente al decreto de la medida cautelar. [...] [S]ea lo primero advertir que las otras medidas de reparación distintas a la restitución que prevé la Ley 1448 no son objeto de discusión, pues la norma es clara en señalar que de no ser posible la restitución se procede a determinar y reconocer la compensación correspondiente; y que la imposibilidad se refiere a que no sea viable la restitución jurídica y material del inmueble despojado, o cuando el despojado no pueda retornar al mismo por razones de riesgo para su vida e integridad personal, caso en el cual se le ofrecerán alternativas de restitución para acceder a terrenos de similares características y condiciones en otra ubicación, previa consulta con el afectado. Empero, la Sala enfatiza en que la medida cautelar decretada en el presente proceso no tuvo como fundamento que la autoridad accionada no tuviese en cuenta la compensación como medida de reparación, sino que al otorgar la licencia ambiental se desconocieron las implicaciones de un proceso de restitución de tierras en curso, con lo cual se afectaron unas garantías que debían ser observadas por las autoridades implicadas, en ejercicio del principio de colaboración armónica y el cumplimiento de los fines del Estado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 14 de septiembre de 2020, C. P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2016-00149-00A.](#)

### **3.El Gobierno Nacional no está facultado para tipificar como infracción determinadas acciones u omisiones de los clubes deportivos profesionales ni establecer el procedimiento para el otorgamiento de su personería jurídica.**

*Síntesis del caso: La Federación Colombiana de Fútbol presentó demanda para obtener la nulidad de los artículos 4°, 5°, 6°, 11, 15, 16 y 17 del Decreto Reglamentario 0776 de abril 29 de 1996, expedido por el Gobierno Nacional (Presidente de la República y Ministerio de Educación Nacional), por el cual se dictan normas para el funcionamiento de los clubes profesionales, por considerar que el Gobierno Nacional, al expedir el decreto acusado, se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria en tanto estableció procedimientos disciplinarios, así como conductas y escalas de sanciones a aplicar a los clubes deportivos y a los integrantes de sus organismos de dirección.*

**RESERVA LEGAL EN MATERIA SANCIONATORIA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO SANCIONADOR – Vulneración / FALTA DE COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL - Para establecer un régimen sancionatorio para los clubes deportivos profesionales / POTESTAD REGLAMENTARIA – Exceso / CREACIÓN DE NORMAS DE TIPO PROCEDIMENTAL – Competencia del legislador / NORMA CON RANGO DE LEY – Es la que debe establecer el procedimiento para el otorgamiento de la personería jurídica de los clubes deportivos profesionales / PROCEDIMIENTO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA PERSONERÍA**

**JURÍDICA DE LOS CLUBES DEPORTIVOS PROFESIONALES ORGANIZADOS COMO CORPORACIONES O ASOCIACIONES – Improcedencia de su regulación por el Gobierno Nacional mediante decreto / CERTIFICACIÓN DE EXISTENCIA JURÍDICA Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS CLUBES DEPORTIVOS PROFESIONALES ORGANIZADOS COMO CORPORACIONES O ASOCIACIONES – Valor probatorio**

**Problema jurídico:** *“[E]stablecer si los apartes demandados de los artículos 4°, 5°, 6°, 11 y la integridad de los artículos 15, 16 y 17 del Decreto Reglamentario 776 de 29 de abril de 1996 están viciados de nulidad, para lo cual debe determinarse si violan o no los principios de legalidad, debido proceso y reserva legal, los cuales exigen que la descripción de las faltas y las sanciones, así como la regulación de aspectos procedimentales estén contenidos en una norma con rango de ley.*

**Tesis:** “La Sala observa que, en efecto, en su inciso final, el artículo 4° le atribuye una sanción al incumplimiento del deber de solicitar ante Coldeportes, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su ocurrencia, la inscripción de las reformas de los estatutos de un club deportivo profesional organizado como asociación o corporación, así como la elección del representante legal o de los miembros del órgano colegiado de administración, o de los de control o de disciplinas, o la reelección para un nuevo período estatutario. Igualmente, se advierte que el inciso tercero del artículo 5° dispone que el uso de una certificación de reconocimiento de personería jurídica de un club que no tenga vigente el reconocimiento deportivo es sancionable disciplinariamente. El transcrito artículo 11, efectivamente, la asigna una sanción a la reincidencia en el incumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias que rigen al club deportivo profesional y que afecten a los deportistas cuyos derechos se posean. Por su parte, el artículo 16 enlista una serie de acciones y omisiones, las cuales califica como faltas graves, sancionables con la suspensión del reconocimiento deportivo. Lo dicho permite afirmar que, ciertamente, como lo aduce la parte actora, las disposiciones en análisis tipifican las conductas descritas, en la medida en que les atribuyen sanciones. Al expedir el Decreto 776 de 1996, el Gobierno Nacional invocó las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, valga decir, la potestad reglamentaria, y expuso que la finalidad de la normativa es reglamentar los requisitos y el procedimiento para el otorgamiento de personería jurídica a los clubes deportivos profesionales, así como el otorgamiento del reconocimiento deportivo, según lo disponen las normas especiales de la Ley 181 de 1995 y del Decreto ley 1228 de 1995. Ahora bien, de su lectura, la Sala constata que la Ley 181 de 1995 y el Decreto Ley 1228 de 1995

no describen como faltas o conductas sancionables el incumplimiento del deber de presentar dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su ocurrencia la solicitud de inscripción de reformas de estatutos o de elecciones, ni el uso de una certificación de reconocimiento de personería jurídica de un club que no tenga vigente el reconocimiento deportivo, ni la reincidencia en el incumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias o estatutarias que rigen los clubes deportivos profesionales. Las referidas normas de rango legal tampoco contienen un catálogo de faltas graves como el previsto en el artículo 16 del Decreto 776 de 1996. En este escenario, la Sala recuerda que el principio de legalidad de las faltas y las sanciones en materia administrativa está comprendido en el derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 29 Constitución Política [...]. De acuerdo con lo anterior, a la luz del principio constitucional de legalidad, una norma con fuerza material de ley debe describir las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas. Por ende, a las autoridades administrativas no les está permitido determinar cuáles conductas son sancionables, así como crear sanciones o fijar su contenido, términos o límites. En ese orden de ideas, al tipificar como infracción determinadas acciones u omisiones, las normas analizadas violan el principio de legalidad. [...] La actora asevera que el artículo 5° del Decreto 776 de 1996 establece una tarifa probatoria en relación con la certificación expedida por Coldeportes sobre la existencia jurídica y representación legal de los clubes deportivos profesionales organizados como corporaciones o asociaciones, aspecto que, a su juicio, es propio de un procedimiento administrativo y, por ende, de competencia exclusiva del legislativo. [...] De su análisis, la Sala observa que, tal y como lo expone la demandante, el precepto le da valor probatorio, para todos los efectos legales, al certificado de existencia y representación legal de los clubes deportivos profesionales expedido por Coldeportes, disposición que, se destaca, no está prevista en la Ley 181 ni en el Decreto Ley 1227 de 1995, normas reglamentadas. El artículo 5° se encuentra ubicado en el Capítulo I del Decreto 776 de 1995, en el cual se regulan los requisitos y el procedimiento para el otorgamiento de la personería jurídica de los clubes deportivos profesionales organizados como corporaciones o asociaciones y sus estatutos. En este punto cabe mencionar que

esta Sección, en sentencia de 3 de abril de 2014 y en la que examinó la legalidad de la Resolución 284 de 25 de febrero de 2002, expedida por el Director General del Instituto Colombiano del Deporte, «por la cual se establece el trámite para las actuaciones derivadas de la aplicación de los artículos 4°, 11 y 16 del Decreto Reglamentario 00776 del 29 de abril de 1996», preceptos demandados en el sub lite, [...] Del aparte transcrito se destaca que el procedimiento administrativo a seguir por parte del Director de Coldeportes para el otorgamiento de la personería jurídica de los clubes deportivos profesionales debe estar determinado en una

norma con rango de ley, criterio que la Sala reitera en esta oportunidad. Lo anterior permite afirmar que, como lo sostiene el agente del Ministerio Público, al conferirle un valor probatorio a una certificación expedida por el Director de Coldeportes, y señalar que el mismo opera para todos los efectos legales, la expresión acusada regula un aspecto de tipo procedimental que, como tal, está sujeto a reserva legal, por lo que dicha disposición contraria el ordenamiento jurídico superior y, por ende, resulta procedente la declaración de su nulidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de octubre de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2011-00257-00.](#)

## 4. Se declara la nulidad de las Resoluciones 987 de 22 de agosto de 2007 y 358 de 12 de mayo de 2008, expedidas por el Director General del Coldeportes, por violación del principio de reserva legal.

**Síntesis del caso:** *La Federación Colombiana de Fútbol presentó demanda para obtener la nulidad del acto mediante el cual el Director General del Instituto Colombiano del Deporte – COLDEPORTES estableció «el procedimiento administrativo de las investigaciones administrativas adelantadas en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control»; y la resolución que modificó este último, porque violan los artículos 4°, 113, 121, 150 numeral 2° y 189, numeral 11, de la Constitución Política; los artículos 18, 19 y 24 del Decreto Ley 1228 de 1995; los artículos 4°, 11 y 16 del Decreto Reglamentario 776 de 1996 y los artículos 32, 41 y 84 del Código Contencioso Administrativo.*

**PROCEDIMIENTO DE LAS INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS – Reserva legal / FALTA DE COMPETENCIA DEL DIRECTOR DEL INSTITUTO COLOMBIANO DEL DEPORTE COLDEPORTES - Para establecer un procedimiento para adelantar investigaciones en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control / FALTA DE COMPETENCIA DEL DIRECTOR DEL INSTITUTO COLOMBIANO DEL DEPORTE COLDEPORTES – Para establecer el contenido material y el término de la sanción de amonestación pública / POTESTAD REGLAMENTARIA – Exceso / PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO SANCIONADOR – Vulneración**

**Problema jurídico:** *“[D]eterminar si las Resoluciones No. 987 de 22 de agosto 2007 y No. 358 de 12 de mayo de 2008 están viciadas de nulidad, para lo cual debe analizarse si el Director General del Instituto Colombiano del Deporte estaba o no facultado para desarrollar el procedimiento de las investigaciones administrativas adelantadas por esa entidad en cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control, o si, por el contrario, dicha materia está sometida a reserva legal.”*

**Tesis:** “[L]as demandadas Resoluciones 987 de 2007 y 358 de 2008 regularon aspectos de

carácter procedimental, tales como la forma de presentación de las quejas que dan lugar a las investigaciones, la expedición del auto de trámite y su alcance, la formulación del auto de recomendaciones, el pliego de observaciones, su contenido, trámite y plazos, así como los descargos, la práctica de pruebas, el contenido de la decisión, entre otros asuntos que, debe resaltarse, no se encuentran regulados en el Decreto Ley 1228 de 1995, ni en ninguna de las demás normas de rango legal que les sirvieron de sustento. [...] En este contexto, la Sala resalta que, tal y como lo adujo la accionante, la Constitución Política, en su artículo 150 numeral

2º, asigna al Congreso de la República la facultad de expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones. [...] Lo dicho permite determinar que, como lo sostuvo la parte actora, el Director General de Coldeportes no estaba facultado para regular el procedimiento de las investigaciones administrativas a adelantar en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control, el cual, sin lugar a dudas, compromete las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso. Así, al regular un procedimiento en ese sentido, el funcionario invadió una competencia exclusiva del legislador, corolario de lo cual incurrió, además, en violación del artículo 121 superior, que dispone que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y la ley. [...] Por lo demás, los actos administrativos demandados determinan que la amonestación pública de que trata el artículo 38 del Decreto Ley 1228 de 1995 consiste en un llamado de atención que se realizará por escrito, el cual se fijará por el término de treinta (30) días hábiles, y establecen la forma y medios a través de los cuales debe ser fijada, teniendo en consideración la categoría del organismo deportivo sancionado (parágrafo del artículo 16 de la Resolución número 987 de 2007, modificado por el artículo 4º de la Resolución 358 de 2008). Al respecto, la Sala observa que si bien el artículo 38 del Decreto Ley 1228 de 1995, ya transcrito en esta providencia, prevé la

sanción de amonestación pública, no fija el término durante el cual puede ser impuesta ni regula la forma y trámite para hacerla efectiva. En este punto, la Sala recuerda que el principio de legalidad de las faltas y las sanciones en materia administrativa está comprendido en el derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 29 Constitución Política [...] De acuerdo con lo anterior, a la luz del principio constitucional de legalidad, una norma con fuerza material de ley debe describir las conductas sancionables, así como las clases y cuantías de las sanciones a ser impuestas. Por ende, le está vedado a las autoridades administrativas determinar cuáles conductas son sancionables, así como crear sanciones o fijar su contenido, términos o límites. En ese orden de ideas, al establecer el contenido material y el término de la sanción de amonestación pública, los actos administrativos violan el principio de legalidad de las sanciones. Por las razones expuestas, la Sala concluye que, al regular una materia que tiene reserva de ley, valga decir, el procedimiento de las investigaciones administrativas a adelantar en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control, las demandadas Resoluciones 987 de 2007 y 358 de 2008 vulneran el ordenamiento jurídico constitucional, razón suficiente para declarar su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de octubre de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2011-00-332-00.](#)

## **5. Se declara la nulidad de apartes de la Resolución 012 de 2007, por medio de la cual el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural establece el Sistema de Pago de la Leche Cruda al Productor.**

**Síntesis del caso:** *Se presentó demanda en contra de los artículos 6º y 10 de la Resolución 12 de 12 de enero de 2007, expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, porque, en concepto del demandante, los preceptos demandados desconocen los artículos 338 de la Constitución Política, 11 y 111 de la Ley 489 de 1998, 8º de la Ley 393 de 1991 y 16 de la Ley 962 de 2005.*

**TARIFA QUE DEBEN PAGAR ENTRE EL AGENTE ECONÓMICO COMPRADOR DE LECHE CRUDA Y EL PRODUCTOR DE LECHE CRUDA – Determinación por CORPOICA a través de circular / TASAS - Concepto y características / TASA - Lo es el valor por concepto del seguimiento, verificación y evaluación del pago de leche al productor por calidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS TRIBUTOS – Vulneración / CIRCULAR REGLAMENTARIA 006 DE 2007 DE CORPOICA – Fue anulada / RESOLUCIÓN 12 DE 2007 – Nulidad del parágrafo del artículo**

6

**Problema jurídico 1:** “[Determinar] [s]i guarda razón el demandante al afirmar que es nulo el parágrafo del artículo 6º del acto demandado por cuanto refiere al cobro de un tributo que no fue establecido previamente por el legislador, conforme a lo dispuesto en los artículos 338 de la Constitución Política y 16 de la Ley 962 de 2005.”

**Tesis 1:** “[E]s necesario poner de presente que la Sección Primera de esta corporación, a través de la sentencia de 14 de abril de 2016, declaró la nulidad del numeral 1º y del numeral 3º del inciso 4º de la Circular Reglamentaria No. 006 del 25 de octubre 2007, disposición que fijó la tarifa de financiamiento del sistema de verificación, seguimiento y evaluación de los laboratorios para el pago por calidad. En dicha oportunidad, la Sección concluyó que la norma proferida en ejercicio de la potestad consagrada en el parágrafo 6º de la resolución 12, desconocía el principio de legalidad tributaria [...] De la providencia transcrita, la cual esta Sala prohija en todas sus partes, se advierte claramente la transgresión del inciso segundo del artículo 338 de la Constitución Política, norma que regula el poder tributario [...] Conforme a la mencionada disposición constitucional, el Congreso de la

República es el único autorizado para crear leyes tributarias en tiempos de paz; tasa que las leyes 81 de 1998 y 101 de 1993 no contemplaron. Lo anterior significa, igualmente, la transgresión del artículo 16 de la Ley 962 de 1995, según el cual «ningún organismo o entidad de la Administración Pública Nacional podrá cobrar, por la realización de sus funciones, valor alguno por concepto de tasas, contribuciones, formularios o precio de servicios que no estén expresamente autorizados mediante norma con fuerza de ley o mediante norma expedida por autoridad competente, que determine los recursos con los cuales contará la entidad u organismo para cumplir su objeto». Así como, la vulneración de la Ley 489 sobre los asuntos que pueden ser delegados. En suma, la tarifa contemplada en el parágrafo acusado comparte la naturaleza de una tasa, asunto cuya creación era de competencia del legislador y no del ejecutivo. En esa medida, la Sala declarará nula la disposición demandada en la parte resolutive de esta providencia por cuanto refiere al cobro de un servicio determinado y preestablecido por el Estado que grava a quien lo usa dentro de un criterio de equidad y equivalencia, el cual no fue previsto previamente por el legislador, tal y como se sostuvo en la sentencia que se cita como precedente.”

**DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL – A la Corporación Colombiana de Investigación Agropecuaria CORPOICA / PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE LABORATORIO HABILITADO PARA EL PAGO AL PRODUCTOR DE LECHE CRUDA / SANCIONES ADMINISTRATIVAS – Deben estar previstas en la ley / FALTA DE COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL – Para deshabilitar a los laboratorios que prestan el servicio de control de calidad a los productores y compradores de leche cruda / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Vulneración / RESOLUCIÓN 12 DE 2007 – Nulidad del artículo 10**

**Problema jurídico 2:** “[Determinar] [s]i es cierto que el artículo 10 de la norma *ibídem* [Resolución 12 de 2007] creó una sanción legal que no fue establecida previamente por el legislador.

**Tesis 2:** “La parte actora asegura que el artículo 10 de la resolución 12 viola la garantía constitucional al debido proceso prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, según la cual nadie puede ser juzgado o sancionado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y ante la autoridad competente. [...] Claramente, la acción de retirar a un laboratorio la condición de “habilitado”, comparte los elementos de la sanción administrativa y, por lo tanto, debe estar precedido de una ley que determine la conducta

sancionable, su clasificación y la cuantía. Aun así, al confrontar este deber ser con lo dispuesto en las leyes 81 de 1998 y 101 de 1993, se tiene que el legislador solo facultó al MADR para establecer el mecanismo de control del precio regulado, como lo es la «evaluación periódica de la calidad higiénica y composicional para la liquidación y pago al productor»; pero no para deshabilitar a los laboratorios que prestan el servicio de control de calidad a los productores y compradores de leche cruda. En esa medida, la Sala no desconoce que la función delegada por el MADR a Corpoica incluye el ejercicio de acciones idóneas para controlar los resultados nacionales de las evaluaciones de calidad no conformes. Sin embargo, la posibilidad de deshabilitar a los laboratorios sobrepasa el rol de supervisión, configurando una estrategia sancionatoria que transgrede el artículo 29 superior.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 24 de septiembre de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-27-000-2008-00024-00.](#)

# SECCIÓN SEGUNDA

# 1. La revocatoria directa de actos administrativos de carácter particular exige la autorización expresa del administrado para su procedencia, cuando en esencia se busca modificar, extinguir o crear otra situación jurídica, pues ésta se diferencia sustancialmente del trámite de corrección de errores formales, así como de la nulidad en vía judicial respecto de sus efectos.

**Síntesis del caso:** *El municipio de Manizales expidió la Resolución 746 del 30 de diciembre de 2014, por medio de la cual liquidó y ordenó el pago del valor adeudado a favor de la señora (...), con motivo de una condena impuesta en contra de dicho ente territorial, conforme a las sentencias proferidas en desarrollo de un proceso de nulidad y restablecimiento. Con posterioridad, la entidad demandada profirió la Resolución 643 del 4 de diciembre de 2015, mediante la cual, sin haber mediado el consentimiento previo y expreso de la señora (...) resolvió modificar la aludida Resolución 746 del 30 de diciembre de 2014, en el sentido de disminuir el monto a reconocer y del mismo modo imponer una orden a cargo de la libelista tendiente a reintegrar una suma de dinero equivalente a \$38.469.346 por concepto de mayor valor pagado. La nulidad en este caso se deprecó respecto de la mentada decisión administrativa y los actos que la confirmaron.*

## REVOCATORIA DIRECTA DE ACTOS ADMINISTRATIVOS PARTICULARES / EXIGENCIA DE AUTORIZACIÓN DEL ADMINISTRADO PARA SU PROCEDENCIA / DIFERENCIA CON LA CORRECCIÓN DE ERRORES FORMALES / IMPROCEDENCIA PARA ALEGAR PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL O MORALIDAD ADMINISTRATIVA CUANDO LAS PROPIAS AUTORIDADES SON LAS RESPONSABLES DEL DETRIMENTO PATRIMONIAL

**Problema jurídico 1:** *¿Se configuró la ilegalidad de los actos administrativos demandados por violación de las normas en que debían fundarse, en razón de la falta de solicitud del consentimiento expreso de la demandante por parte del Municipio de Manizales, a través de los cuales se modificó parcialmente la Resolución 746 del 30 de diciembre de 2014, por medio de la cual liquidaba y ordenaba pagar una suma de dinero a favor de aquella en cumplimiento de una sentencia condenatoria relacionada con el reconocimiento de trabajo suplementario?*

**Tesis 1:** «[L]a revocatoria directa consiste en una herramienta propia de las autoridades en sede administrativa y sin validación judicial previa, que puede ser desatada de oficio o a petición de parte, consistente en la modificación o cambio sustancial de las decisiones en firme que se han adoptado como manifestación unilateral de la respectiva entidad pública y que han creado situaciones jurídicas generales o particulares, siempre que éstas se acompañen con una o más causales (...) esto es: «i) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, ii) cuando no estén conformes con el interés

público o social, o atenten contra él, y iii) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.». Por el contrario, la corrección de irregularidades en la actuación administrativa o de errores aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras contenidos en los actos definitivos, es una modalidad de subsanación de yerros simplemente formales que no afectan ni involucran una variación material a la esencia de la decisión, sino que solo la aclaran para su eventual ejecución sin controversia. [...] [A] validar el contenido y sustento tanto de la Resolución (...) que modificó el acto de reconocimiento de trabajo suplementario a favor de la demandante, así como la Resolución (...) que confirmó la primera, se encuentra que en ningún momento el Municipio de Manizales halló un error en la aplicación de una operación matemática para fijar la cuantía de la condena impuesta en su contra, sino que evidenció una serie de elementos que no tuvo en cuenta o que computó por demás. [...] [E]n cuanto a la posibilidad de efectuar una revocatoria directa del acto administrativo particular que había ejecutado una orden judicial, es perentorio recordar que aquella prerrogativa existe y es válida en razón del principio de autotutela de las

autoridades públicas. No obstante, aquella figura jurídica es válida bajo los preceptos regulatorios de la Ley 1437 de 2011. [...] [P]ara la procedencia de la revocatoria directa es indispensable que la administración determine cuál es la causal de aquellas (...) que la habilita para modificar una situación jurídica consolidada por esta misma, y que en el evento de tratarse de un acto de contenido particular, solicite puntualmente la aquiescencia del involucrado en la decisión para cambiarla, esto es, que aquel autorice expresamente y por escrito a la entidad, a fin de que modifique derecho o la obligación que le había sido determinada. [...] En conclusión: los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por violación de las normas en las que debían fundarse y por transgresión del debido proceso, puesto que el ente

demandado pretendió cambiar parcialmente una decisión de reconocimiento y pago de una condena impuesta por vía judicial bajo el amparo de una supuesta corrección de errores aritméticos, cuando aquella modificación implicaba en realidad una revocatoria directa del acto inicial tendiente a crear una nueva situación jurídica, que por mandato legal debió cumplir con el requisito de la solicitud de autorización expresa y escrita. [...] En atención a ello, la posibilidad viable de recuperación del dinero cancelado en exceso era demandar bajo la modalidad de lesividad el propio acto, pues el interés general, la moralidad administrativa y el trámite incidental de liquidación de condena no priman en este caso frente al actuar de la administración que va en detrimento de la seguridad jurídica y el mismo principio de legalidad.”

## LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON BASE EN PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE SERVIDORES PÚBLICOS

**Problema jurídico 2:** *¿La Previsora S.A. Compañía de Seguros está obligada responder en calidad de llamada en garantía del Municipio de Manizales, en virtud de la póliza de responsabilidad civil de servidores públicos invocada por la entidad demandada?*

**Tesis 2:** “[A]l respecto considera la Sala que en principio habría resultado procedente el llamamiento fundado en la póliza referida, bajo el entendido de que la actuación estatal analizada y objeto de control judicial en esta oportunidad, correspondía efectivamente a la verificación de legalidad de sendos actos administrativos sobre los cuales se aseguraba su contrariedad al ordenamiento jurídico, tal como se demostró, por lo que la orden de restablecimiento eventualmente sí podría generar una disminución patrimonial atribuible al actuar incorrecto o inapropiado de uno o varios de los funcionarios intervinientes en la actuación que erraron en el procedimiento. [...] No obstante lo anterior, la Subsección concuerda con la aseguradora específicamente en lo referente a la falta de cobertura de la póliza para el caso concreto, pero no por elección

inadecuada del contrato, sino porque el tomador y al mismo tiempo asegurado, es decir, el Municipio de Manizales, no llamó en garantía con fines de repetición al servidor involucrado en orden de verificar su responsabilidad y tampoco demostró que aquel hubiese sido declarado judicial o administrativamente como tal, lo cual constituía un requisito esencial para la constitución del amparo específico sobre el cual se basaba la pretensión de subrogación en el pago de la condena a imponer en esta instancia judicial, ello conforme el clausulado anexo e integrante de la póliza referida [...] [A]l margen de lo expuesto en precedencia sobre la falta de cobertura del contrato de seguro, se precisa que luego de validar las pruebas aportadas con el llamamiento en garantía y su contestación, no se advierte que al Municipio de Manizales se le hubiese reclamado lo pretendido con la demanda en cuestión durante la vigencia de la póliza invocada, pues la solicitud de conciliación prejudicial ocurrió el 10 de noviembre de 2016 (con posterioridad al 1.º de octubre de 2016), por lo que tampoco se encuentra el aviso a La Previsora S.A. en ese lapso de cobertura, a fin de predicar la obligatoriedad de ésta en la subrogación del pago de la condena como lo solicitó la entidad territorial.»

## CONDENA EN COSTAS

**Problema jurídico 3:** *¿Procedía la condena en costas de primera instancia en contra del Municipio de Manizales, en el entendido de que la intención aludida por éste al expedir los actos demandados era velar por la protección del erario con la orden de devolución de*

*dineros cancelados supuestamente en exceso?*

**Tesis 3:** “[L]a autoridad demandada considera que no debió ser objeto de imposición de costas, al aducir que con su actuación solo buscaba la protección de intereses generales

como la protección del erario y la moralidad administrativa. No obstante, debe recordarse que el presente asunto no es una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en modalidad de lesividad iniciada por la entidad territorial con dichos fines, sino instaurada por una particular afectada con la decisión ilegal de revocatoria de dicha autoridad, la cual más que procurar por garantías públicas, contraviene el ordenamiento en sí mismo y las termina afectando. Ahora, así se asumiera dicha

posición como una intención desinteresada de la demandada, lo cierto es que esos juicios subjetivos referentes a la conducta de las partes no se deben verificar en casos como el presente en vigencia de la actual normativa procesal, pues al no ser éste un medio de control incoado por la propia autoridad, solo se puede inferir un interés particular de la demandante que implica el pago a su favor de las costas al haber vencido en su contienda judicial."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 3 de septiembre de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 17001-23-33-000-2017-00100-02 \(4103-18\).](#)

## 2. Se confirmó sanción de destitución a Patrullero de la Policía Nacional que causó lesiones personales a particular, por conducir vehículo oficial en estado de embriaguez.

**Síntesis del caso:** *Patrullero en estado de embriaguez hace uso de vehículo de la Policía Nacional y atropella una persona causándole graves lesiones. Como consecuencia de los hechos se le impuso sanción de destitución e inhabilitación general por 10 años. Decisión que es objeto de apelación por considerar que se pretermitió el procedimiento previo ante el Comité de Quejas y Reclamos de la Policía Nacional, el cual debe dar concepto favorable para que se pueda dar curso a cualquier investigación disciplinaria contra un miembro de la Policía Nacional y se Infringió la regla constitucional de exclusión probatoria -Constitución Política, artículo 29 y artículo 140 de la Ley 134 de 2002-, por cuanto se validó y valoró el examen de alcoholemia mediante alcohosensor, pese a que fue obtenido de manera irregular, al por cuanto: i) se practicó por personal sin competencia –policías de tránsito-, pues de conformidad con la Resolución N° 1183 de 2005 del Director General de Medicina Legal, cuando medien hechos delictivos -lesiones personales culposas- sólo puede realizarse por el personal médico del Instituto de Medicina Legal y/o de los centros de salud, ii) los policías que realizaron el examen no utilizaron guantes ni tapabocas. La sanción disciplinaria fue confirmada en segunda instancia.*

### COMITÉ DE RECEPCIÓN DE QUEJAS Y RECLAMOS DE LA POLICÍA NACIONAL- No puede adicionar trámites para iniciar el procedimiento disciplinario

**Problema Jurídico 1:** *¿Es necesario un trámite previo ante el Comité de Quejas y Reclamos de la Policía Nacional para dar inicio a una investigación disciplinaria?*

**Tesis 1:** "En atención al artículo 27 de la Ley 1015 de 2006-, el Director General de la Policía Nacional a través de la Resolución N° 01748 de 2007 creó "el Comité de Recepción, Atención, Evaluación y Trámite de Quejas e Informes de la Inspección General de la Policía Nacional", y mediante la Resolución N° 04647 de 2008 –vigente para la época de los hechos- lo modificó indicando expresamente (...) En el artículo 7 que, "Los funcionarios con atribuciones disciplinarias iniciarán inmediatamente la acción disciplinaria, sin necesidad de trámite previo ante los

Comités de Recepción, Atención, Evaluación y Trámite de Quejas e Informes (CRAET), cuando se trate de hechos de público y notorio conocimiento que afecten gravemente la disciplina de la Policía Nacional. No obstante, posteriormente rendirá un informe de los hechos y las actuaciones adelantadas al respectivo Presidente del Comité." Una interpretación sistemática las normas antes mencionadas (Constitución Política -artículos 217 y 218-, Leyes 734 de 2002 -artículos 2, 150 y 152- y 1015 de 2006 –artículos 37 y 58-, y Resolución 04647 de 2008 –artículos 4 y 7-), exige concluir que el acto administrativo reglamentario del Comité de Quejas y Reclamos de la Policía Nacional, no tiene jerárquicamente la fuerza jurídica para adicionar trámites previos al procedimiento disciplinario

establecido por el legislador, de manera que un correcto entendimiento esta normativa *-bajo el criterio del efecto útil-* exige entender que bajo ninguna circunstancia *-no solo cuando se trate de los hechos de público y notorio conocimiento a los que hace alusión el artículo 7 de la Resolución 04647 de 2008*, los hechos puestos en conocimiento de la autoridad con potestad disciplinaria deben surtir un procedimiento de habilitación previo. La Sala debe señalar sobre este punto que, una interpretación diferente de las referidas normas, que lleve a limitar el ejercicio de la potestad disciplinaria por un órgano sin facultades disciplinarias o jurisdiccionales *-como lo pretende el demandante-*, pone en riesgo la existencia misma del sistema disciplinario así como el diseño de controles establecido por el constituyente para el correcto ejercicio de la función pública, los cuales se basan en principios caros para nuestro sistema democrático, como los de moralidad y eficacia en el

manejo de lo público (Constitución Política, artículo 209), que el juez contencioso administrativo con sus decisiones está en la obligación de proteger *-Ley 1437 de 2011, artículo 103-*. (...)En ese orden, cuando el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario de la Policía – MECUC, mediante el auto de 25 de enero de 2015 dio apertura a la indagación preliminar *-como actuación inicial del procedimiento disciplinario ordinario-*, no estaba obligado a remitir ni a someter la noticia disciplinaria obtenida mediante el informe de Polígama N° 0175 SETRA SOAPO de 24 de enero de 2015 *-suscrito por el comandante de la Policía Metropolitana de Cúcuta, Seccional de Tránsito y Transporte-*, al análisis previo del Comité de Quejas y Reclamos de la Policía Nacional, por lo tanto, contrario a lo manifestado por el apelante *-demandante-*, en relación con este asunto no existe irregularidad alguna.”

## **PRUEBA DE EMBRIAGUEZ MEDIANTE ALCOHOSENSOR PRACTICADA POR AUTORIDAD DE TRÁNSITO - Puede ser usada en el proceso disciplinario / PRUEBA DE ESTADO DE EMBRIAGUEZ MEDIANTE ALCOHOSENSOR – No afecta su validez por omitir el uso de guantes y tapabocas en su práctica**

**Problema Jurídico 2:** *¿Afecta la validez de la prueba embriaguez mediante alcohosensor, con destino al proceso disciplinario, el haberse practicado por un agente de tránsito y la omisión en el protocolo del uso de guantes y tapabocas?*

**Tesis 2:** “Determinar la alcoholemia de manera directa midiendo la cantidad de etanol en la sangre o de manera indirecta a través de alcohosensor *-que es la manera que nos ocupa en el sub examine-*, a través de la cantidad de etanol en aire espirado. Este examen - a través de alcohosensor- puede ser usado en procesos administrativos *-contravencionales y disciplinarios-*, previa practica por parte de las autoridades de tránsito, pues de conformidad con las normas antes mencionadas el elemento que permite distinguir la competencia para su realización se deriva de la naturaleza del proceso donde se pretenda hacer valer *-judicial o administrativo-*, y no el carácter delictivo o no de la conducta infractora del sujeto pasivo de la prueba. (...) De las pruebas que obran en el expediente *-legalmente decretadas, practicadas y allegadas al expediente-* así como del análisis de las normas que rigen el examen mediante *alcohosensor -análisis que obra en acápite anterior de esta providencia-*, este es prueba idónea para determinar el estado embriaguez, y en el caso particular del demandante fue practicado por personal: 1) perteneciente a la policial de tránsito, lo que se desprende de las declaraciones rendidas por el personal que elaboró la prueba y las copias de los exámenes, 2) legalmente autorizado para tales

*efectos, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 769 de 2002 (artículo 150) y 938 de 2004 (artículo 36, numeral 5°), y las Resoluciones N° 414 de 2002 y N° 1183 de 2005, y 3) debidamente capacitado, tal como se desprende del certificado de capacitación para efectuar prueba de embriaguez que obra en el expediente. Si bien se aduce por el apelante - demandante- una supuesta vulneración del protocolo por parte de los policías de tránsito al momento de realizar la prueba de embriaguez mediante alcohosensor, consistente en la falta de uso de guantes y tapabocas, debe señalar la Sala que no obra prueba en el expediente que acredite tal hecho, y en todo caso de haber ocurrido tal falencia, ésta no contamina ni deslegitima el examen, toda vez que dichos protocolos no están dirigidos dar validez al examen *-no es un requisito ad substantiam actus de la prueba de embriaguez por alcohosensor-*, sino que se trata de una medida sanitaria para proteger al personal que toma la muestra. Todo lo anterior permite deducir claramente que, en los términos del artículo 29 de la Constitución Política y el artículo 132 de la Ley 734 de 2002, la prueba de embriaguez mediante *alcohosensor no vulneró derecho fundamental alguno del investigado ni las condiciones o requisitos especiales legales para su práctica, por lo tanto no le era aplicable la regla de exclusión constitucional y en consecuencia podía ser valorada libremente de acuerdo a las reglas de la sana crítica por la autoridad disciplinaria, por lo tanto respecto de este asunto no se observa irregularidad alguna.*”*

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de mayo de 2020, C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez, radicación: 54001-23-33-000-2015-00510-00\(2269-19\).](#)

### 3. El control y vigilancia del sistema específico de carrera administrativa de la Superintendencia de Notariado y Registro es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Derecho preferencial de nombramiento en encargo de los servidores de carrera administrativa se aplica la Ley 909 de 2004.

*Síntesis del caso: El Superintendente de Notariado y Registro proveyó en encargo algunos empleos de carrera administrativa, lo que ocasionó la reclamación ante la entidad por quienes consideraban que contaban con un derecho preferencial frente a dichos nombramientos. Petición que fue negada por la administración, razón por la cual conoció en segunda instancia la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien consideró que efectivamente se vulneró el derecho invocado y ordenó a la Superintendencia proceder a los nombramientos respectivos en un término perentorio. Lo que derivó en la interposición del medio de control respectivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa por la entidad estatal, por considerar que la Ley 909 de 2004 no regula los nombramientos en encargo por tratarse de un sistema específico de carrera, consagrado en el Decreto Ley 775 de 2005 y Decreto 2929 de 2005.*

#### ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA EN EL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO – Competencia en primera instancia de la Comisión de Personal de la respectiva entidad y en segunda instancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil / RECLAMACIÓN DEL DERECHO PREFERENCIAL DE ENCARGO DE LOS SERVIDORES DE CARRERA DE LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

**Problema Jurídico 1:** *¿La Comisión Nacional del Servicio Civil es competente para ejercer el control y vigilancia sobre el sistema específico de carrera administrativa de la Superintendencia de Notariado y Registro?*

**Tesis 1:** “En relación con las competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, es importante precisar que los artículos 11 y 12 de la Ley 909 de 2004, establecen, respectivamente las funciones que en materia de administración y vigilancia de la carrera administrativa le han sido asignadas. Fue así como, en desarrollo de la anterior previsión, que el Acuerdo N° 560 de 28 de diciembre de 2015, dispuso en su artículo 44 que las reclamaciones laborales relacionadas con los derechos de carrera administrativa serán conocidas en primera instancia por las Comisiones de Personal de las respectivas entidades públicas y en segunda instancia por la CNSC. Al respecto, cabe mencionar que en todos los organismos y entidades reguladas por la ley deberá existir una Comisión de Personal, que entre otras funciones, según lo dispuesto en el literal e) del numeral 2° del artículo 16 de la Ley 909 de 2004 le corresponde la de “Conocer, en primera instancia, de las reclamaciones que presenten los empleados por los efectos de las incorporaciones a las nuevas plantas de personal de la entidad o por desmejoramiento de sus condiciones laborales o por los encargos”. (Subrayado ajeno al texto original) (...) De acuerdo con la normativa descrita, resulta evidente que la Comisión Nacional del Servicio Civil, por virtud de lo dispuesto en el artículo

130 de la Constitución Política, los artículos 3, 4 y 12, literal d) de la Ley 909 de 2004, y los artículos 40 y 44 del Acuerdo N° 560 de 2015; tiene la función y el deber de realizar la “vigilancia” del sistema específico de carrera administrativa de las Superintendencias, por lo que para dicho ejercicio resulta ser competente para resolver, como autoridad de segunda instancia, las reclamaciones laborales formuladas por los empleados de carrera administrativa. (...) se observa que la Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las facultades de vigilancia conferidas por la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 760 de 2005 y el Acuerdo N° 560 de 2015 de la CNSC, procedió a resolver en segunda instancia las reclamaciones instauradas por algunos servidores de la Superintendencia de Notariado y Registro, quienes alegaban el desconocimiento de su derecho preferencial de encargo, cuando la entidad a través de las Resoluciones N° 5581 y 5582 del 26 de mayo de 2016 efectuó unos encargos y nombramientos provisionales, respectivamente, en la planta de personal de la entidad, sin tener en cuenta a los empleados inscritos en carrera administrativa de la institución. De esta manera, se tiene que la entidad demandada en el marco de sus potestades de “vigilancia” de la carrera administrativa tenía el deber de tramitar, estudiar y pronunciarse de fondo sobre la reclamación formulada por los empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro que cuestionaban la vulneración de sus derechos de carrera, como en efecto sucedió con el acto administrativo demandado.”

**DERECHO PREFERENCIAL DE NOMBRAMIENTO EN ENCARGO DE LOS SERVIDORES DE CARRERA DE LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO - Aplicación del sistema general de la carrera**

**Problema Jurídico 2:** *¿La Comisión Nacional del Servicio Civil al aplicar Ley 909 de 2004 para reconocer el derecho preferencial del nombramiento en encargo de los servidores de carrera de la Superintendencia de Notariado y Registro, desconoció el sistema específico de carrera, consagrado en el Decreto ley 775 de 2005 y Decreto 2929 de 2005, que no estableció en forma expresa dicha prerrogativa?*

**Tesis 2:** “Como quiera que el derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, tiene como finalidad proteger el mérito y la función pública, y se ha erigido como una prerrogativa mínima e irreductible; no es posible aceptar que los sistemas especiales de carrera desconozcan, inobserven y no se compadezcan con los logros y derechos mínimos alcanzados por los trabajadores que fueron positivizados en el sistema general de carrera, pues una interpretación en contrario, implicaría connotar al régimen específico como laboralmente regresivo, y por ende contrario a los fines del estado social y a los derechos de raigambre constitucional. De este modo, si bien, en la normativa que regula el sistema específico de carrera administrativa para las Superintendencias [ Decreto Ley 775 de 2005 y

Decreto 2929 de 2005] , no se estableció de forma expresa el derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, dicha circunstancia obedeció a que tal situación estaba regulada y garantizada en el régimen general, por lo que no resulta ser jurídicamente posible que las entidades que integran dicho sistema desconozcan esta prerrogativa, so pretexto de la literalidad de la norma, toda vez que se trata de un derecho constituido y de una garantía para los trabajadores.(...) En este orden de ideas, se tiene que las reglas básicas orientadoras de la carrera general no pueden ser ajenas a los sistemas específicos de carrera, toda vez que su desconocimiento podría conllevar a una afectación o vulneración de los derechos mínimos de los empleados de carrea administrativa. (...) la Sala considera que la normativa que regula el derecho preferencial de encargo a favor de los empleados públicos de carrera administrativa, se debe tener en cuenta al momento de definir la provisión de empleos en los sistemas especiales de carrera, pues como se indicó anteriormente, las pautas de las normas especiales deben ser complementarias con los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 29 de mayo de 2020, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-00605-00\(2577-18\).](#)

## **4. Se niega la nivelación salarial a técnico del Área de Salud de la E.S.E Hospital Simón Bolívar, por inexistencia en la Planta de Personal del cargo de Profesional Universitario frente al cual se invocó la aplicación del derecho a la igualdad.**

**Síntesis del caso:** *Un servidor vinculado como técnico del Área de Salud de la ESE HOSPITAL Simón Bolívar solicitó la nivelación salarial invocando el derecho de igualdad en material laboral, con fundamento al derecho que le asiste para que el cargo que desempeña sea homologado como Profesional Universitario Área Salud 237», en cumplimiento de la Ley 784 de 2002, como se ha realizado en los demás hospitales del país. La petición no fue atendida en forma favorable en razón de la inexistencia del cargo en la planta de personal de la entidad.*

**PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA LABORAL / NIVELACIÓN SALARIAL CON CARGO INEXISTENTE EN LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ENTIDAD – Improcedencia / HOMOLOGACIÓN DEL CARGO**

**Problema Jurídico:** *¿Es posible aplicar el principio de igualdad en materia de nivelación laboral de un técnico del Área de Salud, código 323, grado 06 del Hospital Simón Bolívar con el cargo de Profesional Universitario Área de Salud 237, que no existe en la Planta de Personal de la entidad, pero que han sido creados en otros Hospitales del país en cumplimiento de Ley 784 de 2002?*

**Tesis:** “El principio constitucional a la igualdad en materia de nivelación salarial, se predica desde la perspectiva de criterios objetivos que cobran distancia de los meramente formales, pues de la abstracción generalizada frente a un cargo que pertenece a otro nivel, cuya descripción se echa de menos en la respectiva planta de personal, no resulta predicable la homogeneidad entre iguales, puesto que ello conduce más bien a una diferenciación entre situaciones desiguales.(...) comoquiera que en la planta de personal de la ESE Hospital Simón Bolívar no existe el cargo de «Profesional Universitario Área Salud 237», con énfasis en instrumentación quirúrgica, tanto las súplicas de la demanda como los motivos de inconformidad de la alzada apuntan hacia una homologación y nivelación salarial por falta de implementación de la Ley 784 de 2002, que obliga a las entidades hospitalarias a emplear profesionales en instrumentación quirúrgica en un plazo máximo de tres (3) años a su promulgación; así lo pretende, en atención a que «el Hospital el Tunal, el Hospital Militar Central y el Hospital San Vicente de Arauca» sí dieron cumplimiento al mandato legal allí establecido, y la empresa social del Estado para la que labora «explota sus conocimientos adquiridos, que fueron obtenidos por el tiempo y el estudio que realiz[ó]».Para la Sala,

esa inconformidad así establecida no tiene vocación de prosperidad, porque impide hacer una equiparación entre iguales conforme al artículo 13 de la Carta, y las situaciones fácticas y jurídicas objeto de consideración, adaptadas a las circunstancias específicas de la demandante, no alcanzan a enervar los postulados de la igualdad ni los mandatos constitucionales de la remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo (artículo 53 ib).En efecto, no es factible realizar una distinción o equiparación entre los servidores del «Hospital el Tunal, [...] Hospital Militar Central y [...] Hospital San Vicente de Arauca» que ocupan cargos profesionales en **instrumentación quirúrgica**, con la actora que ejerce el empleo de «Técnico Área Salud», código 323, grado 06, con énfasis en dicha área, para que sea homologada y nivelada salarialmente por la omisión de la ESE Hospital Simón Bolívar en la implementación de la Ley 784 de 2002, tal como lo sugiere en la demanda y alzada. En primer lugar, porque la vinculación de aquellos servidores obedeció a unos pasos legales y reglamentarios que no puede obviar la ESE accionada ni muchos menos esta judicatura, como son la creación del cargo y su naturaleza, ajuste de la planta de personal y del manual específico de funciones y requisitos para su ejercicio, y el ingreso a esos empleos a través del mérito o en provisionalidad mientras se surte el respectivo concurso, entre otros, de acuerdo con las directrices fijadas por el ordenamiento jurídico en la materia. En segundo, con el fin de conjurar la mencionada omisión, en criterio de la Sala, los interesados debieron acudir a otros mecanismos jurídicos para obligar a las entidades concernidas al cumplimiento de la Ley 784 de 2002.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de julio de 2020, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 25000-23-42-000-2013-01320-01\(4988-15\).](#)

## 5. Las circunstancias de tiempo modo y lugar en que tienen ocurrencia los hechos objeto de investigación disciplinaria, pueden llevar a la demostración de una conducta no predeterminada del autor y por lo tanto la presencia de una causal excluyente de responsabilidad.

**Síntesis del caso:** *Patrullero de la Policía Nacional sancionado por la comisión de una falta disciplinaria a título de culpa gravísima, fue reintegrado al servicio como consecuencia de la nulidad de la decisión disciplinaria declarada en sentencia por el Consejo de Estado, en razón a que no se tuvo en cuenta al momento de la imputación de la conducta, la existencia de circunstancias ajenas a su voluntad en la comisión del actuar sancionado y constitutivas de causal excluyente de responsabilidad.*

**PROCESO DISCIPLINARIO / VALORACIÓN PROBATORIA / CONDUCTA DISCIPLINARIA**

**Problema jurídico 1:** *¿La valoración probatoria de las circunstancias en que ocurrieron los acontecimientos permite establecer la existencia causas extrañas ajenas a la voluntad del disciplinado y por lo tanto la ausencia de una conducta predeterminada en su actuar?*

**Tesis 1:** "Del análisis conjunto del material probatorio, se determina la existencia de circunstancias imprevisibles ajenas a la voluntad del demandante. [...] [S]e presentaron las siguientes circunstancias: (a) el actuar del delincuente al hurtarse la motocicleta; (b) el aviso de la central de radio para su persecución; (c) la huida del presunto delincuente con la motocicleta hurtada por una vía en contravía. Además, del informe de novedad reportado al Comando de la Policía Metropolitana se evidenció que en el lugar de ocurrencia de los hechos se presentaba: (d) la falta de señalización de la vía y su escasa iluminación y (e) el giro brusco que en atención a dicha situación tuvo que realizar el demandante; es decir, que lo llevó a actuar en dicho sentido, sin que estuviera demostrado que fuera una conducta pre determinada, porque no podía prever con anterioridad la ocurrencia de los hechos y no había alguna razón especial para que el demandante pensara que se produciría dicho suceso, máxime, cuando a pesar de no exceder los límites de velocidad, no tuvo la oportunidad de detenerse al

verificar el sentido de la vía por la que se transitaba, pues se reitera, no existía una señal de tránsito que le indicara la dirección correcta de la vía. Así mismo, la falta de elementos de seguridad del conductor de la moto perseguida, al no portar el casco de seguridad y no llevar las luces de su motocicleta encendidas, constituyéndose en un hecho externo imposible de contemplar por el demandante. También se encuentra probado que dentro de la persecución policial se presentaron causas extrañas ajenas a la voluntad del demandante. Observa la Sala que la conducta que produjo la sanción disciplinaria fue producto de factores no atribuibles al demandante (...) constituyéndose en un hecho externo a la voluntad del demandado y a su órbita de dominio. En este punto, es necesario indicar que se demostraron los siguientes factores que confluyeron en la muerte del señor [...] [E]l factor determinante del resultado dañoso fue (i) la omisión del cumplimiento de las normas de tránsito por parte del occiso (...) no portar el casco de seguridad y sin la respectivas luces encendidas en su motocicleta, (ii) la mala calidad de la vía y (iii) la falta de señalización, eventos imprevisibles para el demandante que constituyen un verdadero obstáculo insuperable."

**CULPABILIDAD DISCIPLINARIA / CONDUCTA DISCIPLINARIA / NEXO DE CAUSALIDAD CON EL HECHO PRODUCIDO / CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA / CASO FORTUITO**

**Problema jurídico 2.** *¿Basta con la adecuación típica de una conducta para predicar la comisión de una falta disciplinaria, sin tener en cuenta el elemento subjetivo de la conducta cometida?*

**Tesis 2:** "[S]e rompió la necesaria relación causal que debió existir entre la voluntad del agente y el evento producido, por lo que no puede imputarse al demandante el hecho como consecuencia de su libre voluntad. [...] [N]o es suficiente que el disciplinado haya ejecutado un hecho tipificado en la ley para que pueda ser responsable disciplinariamente, lo verdaderamente importante es que se le pruebe el elemento subjetivo mediante una valoración de la conducta desarrollada (conocimiento) y (voluntad), es decir, que se demuestre su culpabilidad. En el presente caso hay ausencia de culpabilidad por caso fortuito debido a la ocurrencia de un acontecimiento de origen

externo imposible de evitar. [...] De lo expuesto se concluye que se encuentra demostrada la causal de exoneración de responsabilidad de caso fortuito, razón por la cual deberá excluirse de responsabilidad disciplinaria al demandante por la falta que le fue imputada [...] Así las cosas, se declarará la nulidad de los actos administrativos acusados y a título de restablecimiento, se condenará a la entidad demandada a: (i) reconocer que para todos los efectos legales nunca le fue impuesta la sanción disciplinaria y que no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio; (b) reconocer y pagar los salarios, primas y demás prestaciones sociales dejados de percibir durante el tiempo 1 mes en la que duró la sanción disciplinaria, de acuerdo con el grado que ostentaba y (iii) a indexar las sumas reconocidas conforme al índice de precios al consumidor [...]."

**SANCIÓN DISCIPLINARIA / PAGO DE PERJUICIOS / ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DE LA POLICÍA NACIONAL**

**Problema jurídico 3:** *¿Procede el pago de perjuicios y el ascenso en el escalafón de la Policía Nacional, a consecuencia de la anulación de la sanción disciplinaria?*

**Tesis 3:** “[N]o habrá lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados, en la medida que su causación no fue probada en el proceso, ni hay lugar a ordenar el ascenso al grado que le correspondería para la fecha de la presente sentencia, toda vez que de conformidad con lo considerado por esta Sección, el ascenso de los miembros de la Policía Nacional se encuentra debidamente regulado en la

Ley, es decir existen unos requisitos taxativos que deben cumplir cada uno de los miembros de dicha institución para pretender ascender en el escalafón. Igualmente, dicho ascenso corresponde a una potestad reglamentaria que se le confiere al Gobierno Nacional -Ministerio de Defensa Nacional, la cual se debe ejercer atendiendo su naturaleza, la finalidad o el objeto de dicha institución y con las limitaciones que se imponen en el ejercicio de dicha potestad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 12 de noviembre de 2020, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 19001-23-33-000-2016-00356-01\(3059-17\).](#)

# SECCIÓN TERCERA

## 1. El dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez no es un requisito de procedibilidad de la acción de reparación directa.

**Síntesis del caso:** *Un teniente de navío de la Armada Nacional sufrió lesiones ocasionadas por la explosión de una granada en la aeronave oficial que piloteaba. El oficial fue sometido a múltiples intervenciones quirúrgicas, valorado por la Junta de Calificación de Invalidez –que determinó una pérdida de capacidad laboral del 97 %- y, en consecuencia, se ordenó su retiro de la institución por no encontrarse apto para el servicio activo. A juicio de los demandantes, es a partir de estos últimos hechos que se consolida el daño y, por tanto, es a partir de ellos que se debe computar el término de caducidad.*

### ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑOS SUFRIDOS O CAUSADOS POR SERVIDORES ESTATALES / DAÑO SUFRIDO POR INTEGRANTES DE LA FUERZA PÚBLICA / DAÑO CAUSADO POR ACCIDENTE AÉREO / PILOTO / LESIONES FÍSICAS / INTEGRANTES DE LA ARMADA NACIONAL / JUNTA MÉDICO LABORAL DE LA ARMADA NACIONAL / LLAMAMIENTO A CALIFICACIÓN DE SERVICIOS EN LA ARMADA NACIONAL / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

**Problema Jurídico:** *¿La fecha del dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez es determinante para contabilizar el término de caducidad?*

**Tesis:** “[L]a fecha de conocimiento sobre la magnitud del daño, a través de la notificación del dictamen proferido por una Junta de Calificación de Invalidez no puede constituirse como parámetro para contabilizar el término de caducidad, por cuanto: El dictamen proferido por una junta de calificación de invalidez no comporta un diagnóstico de la enfermedad o de la lesión padecida por una persona, pues la junta se limita a calificar una situación preexistente con base en las pruebas aportadas, entre las cuales se destaca la historia clínica del interesado; además, la junta puede ordenar la práctica de exámenes complementarios para determinar aspectos necesarios que inciden en la valoración de cada caso concreto. Como ya lo dijo la Sección, la

función de la junta es la de calificar la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen, es decir, establecer la magnitud de una lesión respecto de la cual el afectado directo tiene conocimiento previo, en función de la capacidad laboral de la víctima; por tanto, no constituye criterio que determine el conocimiento del daño, elemento que importa para el cómputo del término de la caducidad, pues se resalta que debe diferenciarse el daño de su magnitud, porque la caducidad tiene relación y punto de partida con el conocimiento del primero. [...] Además, la calificación de invalidez no constituye un requisito de procedibilidad para demandar y, por ello, el afectado puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede de reparación directa, aunque no se le hubiere valorado la magnitud de la lesión, por cuanto la exigencia de tal requisito para el cómputo de la caducidad implicaría la creación de un requerimiento que la ley no contempla.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2020, C. P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-26-000-2009-00508-01\(46706\).](#)

## 2. Sección Tercera reiteró que la acción nulidad y restablecimiento del derecho es la idónea para impugnar la legalidad de un acto administrativo cuando se estime que este ha lesionado un derecho contenido en una norma jurídica, su consecuente restablecimiento del derecho, también para solicitar que se reparen los perjuicios causados con el acto y que su caducidad puede ser declarada de oficio.

**Síntesis del caso:** *El municipio de Jamundí negó la expedición de la licencia de construcción de una estación de servicio, porque no cumplía con la normativa del municipio. La demandante alega falla del servicio mediante la acción de reparación directa.*

**INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FUENTE DEL DAÑO / DIFERENCIA ENTRE ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA Y ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / NEGACIÓN DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

**Problema Jurídico 1:** *“¿La acción nulidad y restablecimiento del derecho es la idónea para impugnar la legalidad de un acto administrativo, como la negación de una licencia de construcción, cuando se estime que este ha lesionado un derecho contenido en una norma jurídica, su consecuente restablecimiento del derecho y también para solicitar que se reparen los perjuicios causados con el acto?”*

**Tesis 1:** “La acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la idónea para impugnar la legalidad de un acto administrativo cuando se estime que este ha lesionado un derecho contenido en una norma jurídica, su consecuente restablecimiento del derecho y también para solicitar que se reparen los perjuicios causados con el acto (art. 85 CCA). La acción de reparación directa y la de nulidad y restablecimiento del derecho comparten una naturaleza indemnizatoria, pero difieren en cuanto a la fuente que genera el daño, que supone una distinta formulación de las pretensiones y un término diverso de caducidad. Si el daño tiene origen en un acto administrativo, por regla general, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que, si la fuente del daño es un

hecho, omisión u operación administrativa, la responsabilidad de la administración se debe perseguir a través de la acción de reparación directa. (...) La parte demandante formuló demanda de reparación directa para reclamar los perjuicios sufridos por las decisiones que negaron la expedición de una licencia de construcción de una estación de servicio, después de haber autorizado la obra (...) Como la demandante considera que la presunta ilegalidad de las decisiones administrativas del municipio de Jamundí que negaron la expedición de la licencia de construcción es la fuente del daño reclamado, la acción idónea para obtener los perjuicios es la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa.”

**Nota de Relatoría:** “Sobre la procedencia excepcional de la acción de reparación directa por daños causados por actos administrativos, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, Rad. 7303 y sentencia del 8 de marzo de 2007, Rad. 16421. Sobre la procedencia de la acción de reparación directa, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 2 de junio de 1994, Rad. y sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 19846.”

**FACULTADES DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES / EXCEPCIÓN DE FONDO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema Jurídico 2:** *¿Puede el fallador declarar cualquier hecho exceptivo, como la caducidad de la acción, cuando se encuentre probado y así no hubiere sido alegado?”*

**Tesis 2:** “El artículo 164 del CCA autoriza al fallador a declarar cualquier hecho exceptivo, como es

justamente la configuración del hecho jurídico de la caducidad del término para intentar la acción.”

**Nota de Relatoría:** “Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2004, Rad. 14988.”

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PLAZO PERENTORIO / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Problema Jurídico 3:** *¿La caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como plazo perentorio se cuenta a partir del día siguiente al de la*

*publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso?”*

**Tesis 3:** “El fenómeno de caducidad se configura cuando vence el término previsto en la ley para acudir ante los jueces para demandar. Límite que está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar. La caducidad tiene lugar justamente cuando expira ese término perentorio fijado por la ley. El término para formular la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el numeral 2 del artículo 136 del CCA, es de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. (...) Como la

demandante tuvo conocimiento de la negación de la expedición de la licencia de construcción el 19 de octubre de 2005 (...), el término de caducidad debe contarse a partir del día siguiente a esa fecha. De manera que, el término de 4 meses empezó a correr el 20 de octubre de 2005 y vencía el 20 de febrero de 2006. Como la demanda se presentó el 6 de febrero de 2007 (...), operó el fenómeno preclusivo de la caducidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 15 de julio de \(2020\), C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación 76001-23-31-000-2007-00102-01\(42378\).](#)

### 3. Se condena a la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad del almirante Gabriel Ernesto Arango Bacci.

**Síntesis del caso:** *La Fiscalía General de la Nación resolvió la situación jurídica de ciudadano e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por la presunta comisión de los delitos de concierto para delinquir y cohecho propio. El 30 de enero de 2009, el ente investigador profirió resolución de acusación por los punibles de concierto para delinquir, revelación de secreto, cohecho propio y prevaricato por omisión. Finalmente, el 3 de diciembre de 2009, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia profirió sentencia absolutoria a favor del imputado y, en consecuencia, ordenó su libertad.*

**CRITERIOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / EXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / FALLA DEL SERVICIO / LEGALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DETENCIÓN PREVENTIVA / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DAÑO ESPECIAL / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CAUSAL EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / PERJUICIO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**

**Problema Jurídico 1:** *¿Cuál es la metodología para abordar el estudio de responsabilidad en casos de privación injusta de la libertad?*

**Tesis 1:** “[A]tendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo

lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, es decir, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de

falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal

excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

## CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PROCESO PENAL / DETENCIÓN PREVENTIVA / PROCESO PENAL / FALLA DEL SERVICIO / FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO ILEGAL / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO SIN EL LLENO DE LOS REQUISITOS / IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

**Problema Jurídico 2:** *¿Es responsable patrimonialmente el Estado cuando la medida restrictiva de la libertad no se motiva adecuadamente?*

**Tesis 2:** “[L]a actuación desplegada por la Fiscalía General de la Nación se promovió sin sujetarse a los requisitos determinados en la Ley 600 del 2000, lo que lleva a concluir que la detención preventiva del señor (...) fue injusta e ilegal. (...) La Sala advierte que las conversaciones interceptadas y la videograbación de la operación del 15 de agosto de 2007 en el hotel El Veleró de Cartagena, y que fueron ratificadas por miembros de la Policía Judicial, en la que negociadores de una carta de navegación mencionaron el nombre del contralmirante (...), no era un indicio de responsabilidad penal. En efecto, la sola alusión de aquél no lo relacionaba directamente como autor de alguna conducta punible, más exactamente como un colaborador de grupos dedicados al tráfico de estupefacientes, tan es así que la misma policía judicial manifestó que no se había

corroborado tal inferencia. La circunstancia de que unos presuntos delincuentes lo hayan mencionado en el marco de una actividad ilegal, no lo comprometía penalmente. Además, es preciso advertir que la videograbación fue ilegal, pues así lo advirtió la Corte Suprema de Justicia al evidenciar que en su producción se desconocieron unos requisitos legales. (...) además de que la medida de aseguramiento se impuso sin el cumplimiento de los requisitos legales, tampoco se justificó su necesidad de conformidad con el artículo 3 de la Ley 600 de 2000 (...) [E]stá demostrado que no se cumplieron con los requisitos legales exigidos para proferir medida de aseguramiento en contra del señor (...), toda vez que no existieron dos indicios graves de responsabilidad en su contra, de conformidad al artículo 356 de la Ley 600 de 2000, ni se justificó su imposición de conformidad con el artículo 3 ibídem, circunstancia que hizo injusta la privación de la libertad, lo que constituye una falla del servicio.”

## PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / PRUEBA DE PARENTESCO / PRESUNCIÓN DE DAÑO MORAL / PRESUNCIÓN DE PERJUICIO MORAL / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE MÁXIMO DEL PERJUICIO MORAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / NEGACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Prima, tío, suegros, cuñados y amigos del detenido / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / AUSENCIA DE PRUEBA / PRUEBA TESTIMONIAL / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL / DECLARACIÓN EXTRAJUICIO / VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN EXTRAJUICIO / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA

**Problema Jurídico 3:** *¿En materia de indemnización de perjuicios, es procedente aplicar la presunción de daño moral frente a los suegros, cuñados y amigos de la persona privada de la libertad?*

**Tesis 3:** “En relación con los señores (...) prima y tío de la víctima directa respectivamente; (...), quienes acudieron en calidad de suegros de la víctima directa; (...), quienes acudieron en calidad de cuñados de la víctima directa; (...), quienes acudieron en calidad de

amigos de la víctima directa, es preciso advertir que el perjuicio moral respecto de estos no ha sido objeto de presunción por parte de la jurisprudencia de esta Corporación y es menester que estos se encuentren debidamente demostrados conforme a la carga probatoria prevista en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. (...) Se precisa que de conformidad con el artículo 213 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, la prueba testimonial, que también ha sido denominada declaración de terceros, consiste en que personas ajenas al proceso

ilustren al juez sobre las circunstancias que lo rodean. (...) el contenido declarativo de los referidos documentos no podrá ser valorado en ausencia del cumplimiento de los requisitos legales para su validez y eficacia como medios probatorios dentro de esta causa, toda vez que por tratarse de pruebas recaudadas extraproceso y sin la audiencia de la contraparte, resultaba necesario para quien pretendía

**Nota de Relatoría:** “Para el ponente, la legitimación en la causa corresponde a un presupuesto procesal de la acción que debe analizarse oficiosamente en cada caso y la ausencia de legitimación material en la causa tanto activa como pasiva impide adentrarse en el fondo del caso. Con todo, la ponencia acoge la postura mayoritaria de la subsección según la cual es suficiente el análisis de la legitimación de hecho para tener por surtido ese presupuesto y el análisis material corresponde al fondo de la pretensión (Cfr. Aclaración de voto en providencia del 5 de diciembre de 2016, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 39996). En relación con el título de imputación aplicable a eventos de privación injusta de la libertad, ver sentencia de la Corte Constitucional C 037 de 2018 y SU 072 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Sobre la constitucionalidad del artículo 363 de la Ley 600 de 2000, ver sentencia C 774 de 2001 de la Corte Constitucional. Sobre el reconocimiento

aducirlas, su ratificación en el marco de este proceso tal como lo establece en estos casos el artículo 229 del C.P.C., aunado al respeto del derecho de contradicción y defensa que milita a favor de la entidad demandada, quien debe tener oportunidad de controvertir las afirmaciones allí contenidas.”

de perjuicios morales por privación injusta de la libertad, ver sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. 36149. C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Sobre la noción de la prueba testimonial y su valor probatorio, ver Consejo de Estado, sentencia del 20 de mayo de 2013, exp. 26744, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sobre la unificación de los criterios en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad, ver sentencia de 18 de julio de 2019, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp. 44572.. Sobre el perjuicio inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, ver sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842 y sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 32988. Sobre la indemnización por “daño punitivo”, ver sentencia de la Corte Constitucional, C197 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 9 de octubre de 2020, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación: 25000-23-26-000-2011-00990-01 \(52133\).](#)

#### **Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata.**

**PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD / PRUEBA DE PARENTESCO / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPE MÁXIMO DEL PERJUICIO MORAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - No precisó cuál sería la prueba que, para cada nivel indicado en la tabla de indemnizaciones, se exigiría para demostrar el perjuicio moral causado / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL - Para los niveles 3 y 4, además de la prueba de parentesco, deberá acreditarse la relación afectiva con la víctima directa y el dolor padecido**

**Tesis:** “En la Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014 no se precisó cuál sería la prueba que, para cada nivel indicado en la tabla de indemnizaciones, se exigiría para demostrar el perjuicio moral causado. Esto, a diferencia de lo expuesto en la sentencia de unificación de la misma fecha sobre reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte. (...) en apoyo de esa afirmación, se citó una sentencia que infería el perjuicio moral, en el caso concreto, para el cónyuge y los hijos de la víctima directa, con base en los respectivos registros civiles, pero sin explicar qué debía entenderse por parientes cercanos. (...) en

coherencia con los precedentes sobre reconocimiento y liquidación de perjuicios morales, y dado que los supuestos de hecho en una y otra sentencia de unificación son susceptibles de compararse, el tratamiento debe ser el mismo en ambos casos. De este modo, para los niveles 3 y 4, además de la prueba sobre el parentesco, deberá demostrarse la relación afectiva con la víctima directa y, en particular, el dolor padecido con la privación de su libertad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 9 de octubre de 2020, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación: 25000-23-26-000-2011-00990-01 \(52133\) A.V. consejero Alberto Montaña Plata.](#)

## 4. La acción adecuada que se incoa ante la Jurisdicción se determina conforme la causa que originó el daño a reparar.

**Síntesis del caso:** *Casa de Cambios Unidas S.A. adquirió dos inmuebles contiguos, sin embargo, se percató que estos en realidad no tenían ningún valor urbanístico o arquitectónico; razón por la cual intentó de manera infructuosa que la autoridad competente los excluyera del tratamiento especial o, en su defecto, le reconociera el pago de la compensación económica señalada por la Ley para reparar los efectos adversos de la limitación del dominio. La administración distrital expidió el Decreto 606 de 2001, por medio del que adoptó el inventario de algunos bienes de interés cultural, norma que incluyó nuevamente los inmuebles referidos como de conservación, esta vez, tipológica (modificando su denominación, pero no los efectos que de tal clasificación se derivan). La situación anterior llevó a que la sociedad insistiera en sus requerimientos, sin que estos fueran atendidos de manera definitiva. La sociedad vendió los inmuebles, a su juicio por un valor inferior al que comercialmente tenían, debido a la afectación que sobre estos pesaba. Meses después, la administración expidió la Resolución No. 1145 de 2008, en la que finalmente excluyó los mencionados inmuebles del inventario de bienes de interés cultural.*

**JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Para reclamar por los daños causados por la administración distrital al negar la exclusión de unos inmuebles del tratamiento de conservación / EXCEPCIÓN DE INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN**

**Problema Jurídico:** *“¿Es la reparación directa la acción procedente para solicitar el reconocimiento y pago de los daños causados a la sociedad accionante como consecuencia del silencio que observó ante su solicitud de revisión de la catalogación de unos inmuebles de su propiedad como de conservación (arquitectónica – tipológica), dado que tal catalogación fue modificada meses después de que la sociedad los enajenó?”*

**Tesis:** “[P]ara la Sala es claro que todas las respuestas emitidas por la administración estuvieron debidamente motivadas y revestían un carácter definitorio, pues resolvieron a cabalidad cada una de las solicitudes presentadas por el interesado, por lo tanto, si la sociedad accionante tenía un reproche respecto de alguna de ellas, debió controvertirlas,

primero, en sede administrativa para, luego, venir a la jurisdicción contenciosa y atacar la legalidad de tales actos administrativos. Por consiguiente, se impone concluir que la acción adecuada para reclamar los daños que el hoy accionante consideró le fueron generados por la negación de la administración en la exclusión de los inmuebles de su propiedad como de interés cultural, era la de nulidad y restablecimiento del derecho. Por tanto, en relación con el reproche acá analizado cuesta decir que también está acreditada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 27 de mayo de 2020, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 25000-23-26-000-2010-00369-01 \(48943\).](#)

## 5. Se absuelve a la Superintendencia Financiera por los presuntos daños causados por Interbolsa.

**Síntesis del caso:** *Tomás León Darío Ramírez Rojas sufrió pérdidas en operaciones repo que realizó a través de Interbolsa, Sociedad Comisionista de Bolsa vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. En criterio del demandante, la omisión de esa superintendencia, al no tomar las medidas de suspensión de operaciones, constituyó un daño antijurídico que el Estado le debe reparar, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política.*

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / MERCADO DE VALORES – La suspensión de operaciones es una medida preventiva para proteger el mercado en general y no para controlar o asegurar la rentabilidad de las negociaciones particulares / MERCADO DE VALORES – Efectos de la suspensión de operaciones / MERCADO DE VALORES – La omisión en suspender las operaciones por sí sola no constituye configuración de responsabilidad del Estado / RIESGO EN EL MERCADO DE VALORES – Regulación normativa del temor fundado**

**Problema Jurídico:** *“¿Se configuró la responsabilidad de la Superintendencia Financiera de Colombia por el no pago de las operaciones repo que adelantó la demandante a través de Interbolsa SCB, con subyacente en la especie Fabricato?”*

**Tesis:** “A juicio de la Sala, siendo la suspensión una medida preventiva para proteger el mercado en general y no para controlar o asegurar la rentabilidad de las negociaciones particulares, se debe concluir que los efectos adversos de la suspensión de negociaciones -o del aplazamiento de esa decisión- se resuelven bajo los acuerdos de la respectiva negociación y las leyes aplicables en el evento de toma de posesión o de liquidación, en su caso. En el mismo sentido, la omisión en la suspensión de operaciones no constituye por sí misma la base para configurar un daño antijurídico, pues las partes deben soportar los efectos de sus negociaciones contractuales cuando se desatan con arreglo a la ley, sin que sea dable trasladar a la Superintendencia Financiera el efecto adverso de una negociación particular que no estuvo bajo el análisis individual de esa entidad y que, en todo caso, tenía riesgo de ganancia o pérdida para ambas partes del contrato de reporto. [...] Si se tiene en cuenta el alcance de la función de la Superintendencia Financiera, cuya omisión en un aspecto puntual originó la sanción disciplinaria a los funcionarios de la Superintendencia Financiera de Colombia por la falla en el estudio acerca de las facultades del artículo 6 de

la Ley 964 de 2005, con anterioridad a la toma de posesión, se concluye que esa sanción no significó un precedente para atribuir responsabilidad por las pérdidas del demandante. Aunque el Superintendente y sus delegados no analizaron el supuesto del “temor fundado”, a que se refirió el literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005, en las operaciones de la especie Fabricato -y ello fue una falta cometida con culpa grave a juicio de la Procuraduría General de la Nación- desde la perspectiva del daño antijurídico que se estudia en este proceso, la falta fue temporal, puesto que la Superintendencia sí asumió ese estudio y tomó la decisión correspondiente, imponiendo un plazo para la valoración independiente de la empresa Fabricato S.A. orientada a apoyar las decisiones de inversión y llevar a que el precio de la acción se estabilizara de acuerdo con las decisiones informadas. La omisión en la oportunidad de análisis y en la decisión de suspensión de la especie Fabricato no fue la causa de la intervención de Interbolsa SCB, ni de la afectación al demandante, dado que la toma de posesión se originó en el incumplimiento de Interbolsa SCB que afectó a sus clientes inversionistas como el demandante y no porque se hubiera dejado de suspender la operación sobre la especie Fabricato, antes de la intervención. Como consecuencia, no se configuró un daño antijurídico frente al demandante por la actividad de la Superintendencia Financiera de Colombia, ni por la falta disciplinaria de sus funcionarios, razonamiento que impone la confirmación de la sentencia apelada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de septiembre de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 25000-23-36-000-2015-00445-01 \(59713\).](#)

# SECCIÓN CUARTA

# 1. Es legal la metodología establecida por el Ministerio de Minas y Energía en la Resolución 40266 del 31 de marzo de 2017, para determinar el volumen máximo de combustibles líquidos excluidos de IVA y exentos de arancel e impuesto nacional a la gasolina y al ACPM a asignar a los municipios de zona de frontera y distribuir a las estaciones de servicio habilitadas.

*Síntesis del caso: Se declaró ajustada a derecho la Resolución 40266 del 31 de marzo de 2017, por la cual el Ministerio de Minas y Energía estableció la metodología para la determinación de los volúmenes máximos de combustibles líquidos excluidos de IVA y exentos de arancel e impuesto nacional a la gasolina y al ACPM dentro de los municipios reconocidos como zona de frontera y para su distribución a las estaciones de servicio habilitadas por la misma entidad. La Sala concluyó que dicha resolución no vulnera el derecho a la igualdad de las estaciones de servicio ni desconoce la capacidad óptima de almacenamiento de las mismas, así como tampoco las demás variables que para el efecto contempla el artículo 2.2.1.1.2.2.6.9 del Decreto 1073 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía.*

## **DETERMINACIÓN DE VOLÚMENES MÁXIMOS DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS EXCLUIDOS DE IVA Y EXENTOS DE ARANCEL E IMPUESTO NACIONAL A LA GASOLINA Y AL ACPM A ASIGNAR EN MUNICIPIOS RECONOCIDOS COMO ZONA DE FRONTERA Y DISTRIBUIR A LAS ESTACIONES DE SERVICIO HABILITADAS POR EL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - Metodología / RESOLUCIÓN 40266 DEL 31 DE MARZO DE 2017 DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - Legalidad**

**Problema Jurídico:** *¿La Resolución 40266 del 31 de marzo de 2017 desconoció los requisitos y procedimientos establecidos en el Decreto 1073 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía?*

**Tesis:** “[N]o es de recibo los argumentos del actor que radican específicamente en lo referente a que la resolución demandada viola lo previsto en el artículo 2.2.1.1.2.2.6.9. del Decreto 1073 de 2015, “Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía”, que establece que el volumen máximo de combustibles líquidos derivados del petróleo, se distribuye entre las estaciones de servicio habilitadas en cada municipio de la respectiva zona de frontera de acuerdo con las variables de compras (80%) y la capacidad instalada (20%). Lo anterior, por cuanto en la Resolución 40266 del 31 de marzo de 2017 expedida por el Ministerio de Minas y Energía, se precisó de forma expresa en el artículo 3º con relación a la metodología, que para la distribución de los volúmenes máximos de combustible en las estaciones de servicio activas en cada municipio, se deben tener en cuenta las variables de compras

de combustible en una proporción de un 80% y la capacidad de almacenamiento en un 20%, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1073 de 2015. De manera que no se desconoce la capacidad óptima de almacenamiento de las estaciones de servicio, por el contrario, se tiene en cuenta en la metodología implementada, así como otras variables que el mismo decreto contempla como el indicador de crecimiento per cápita, la población, el valor agregado, el valor agregado ajustado, el volumen base municipal (VBM), el volumen máximo municipal (VMM) y las compras de combustibles, así como la asignación de volúmenes máximos de acuerdo con las características de la zona, y variables de ubicación y/o antigüedad en la asignación, entre otras. Es de anotar que la exclusión de IVA y la exención de arancel e impuestos nacionales a la gasolina y al ACPM, distribuido en los municipios ubicados en zonas de frontera, no es ilimitada, pues el Ministerio de Minas y Energía puede establecer los límites máximos del beneficio tributario concedido, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1073 de 2015. Razón por la que de acuerdo con los estudios realizados por la firma consultora y que fueron

avalados por el Ministerio, se estableció en igualdad de condiciones la metodología para la determinación de volúmenes máximos de combustibles líquidos excluidos de IVA y exentos de arancel e impuesto nacional a la gasolina dentro de cada municipio reconocido como zona de frontera y, a su vez, su distribución en las estaciones de servicio habilitadas en dichas zonas. Se advierte que el volumen máximo de distribución de combustibles derivados del petróleo objeto de beneficios fiscales asignados a cada municipio, no obedece a la garantía de los derechos económicos de los propietarios de las estaciones de servicio, como lo expone el demandante, sino que como lo ha precisado la Sala *“fue creado como un mecanismo administrativo para armonizar la finalidad de beneficiar las zonas de frontera mediante la venta de combustibles baratos y evitar el contrabando de esos combustibles. La idea es evitar que el combustible vendido con beneficio tributario termine fuera de las zonas de frontera. Esto es, evitar el denominado contrabando técnico*

*de combustibles”*. En esa medida, su finalidad es evitar el contrabando y atender en debida forma la demanda en zonas de frontera a través de la metodología determinada por el Ministerio de Minas y Energía a la luz de lo previsto en el Decreto 1073 de 2015. Finalmente, no es cierto que la resolución demandada desconozca los artículos 13 y 365 de la Constitución Política de Colombia, ni la seguridad jurídica de las estaciones de servicio, por cuanto, justamente, fue dictada para promover, propender y facilitar el desarrollo de las zonas de frontera mediante la exención y los beneficios tributarios respecto de combustibles derivados del petróleo (...) En esas condiciones, los argumentos expuestos por el demandante no desvirtúan la legalidad de la resolución demandada ni mucho menos el estudio técnico en que se fundamenta la metodología para la asignación de volúmenes máximos de combustibles en los municipios ubicados en zonas de frontera y en la distribución a las estaciones de servicio habilitadas por el Ministerio de Minas y Energía”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de noviembre de 2020, C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-26-000-2018-00125-00 \(24328\).](#)

## 2. La Sala reitera que las jaulas de gestación, parideras, de precebo y de ceba y las pletinas o perfiles hacen parte de una unidad funcional relacionada con el proceso de porcicultura, por lo que su clasificación arancelaria corresponde a la subpartida 84.36.99.00.00.

**Síntesis del caso:** *Se anularon las Resoluciones 7035 y 7036 del 17 de septiembre y 7086 del 19 de septiembre, todas de 2012, mediante las cuales la DIAN clasificó las subpartidas arancelarias de jaulas de gestación, jaulas parideras y pletinas o perfiles, respectivamente. La Sala declaró ilegales tales actos tras concluir que se deben clasificar en la subpartida arancelaria 84.36.99.00.00 y no en la posición arancelaria que les asignó la DIAN, dado que son parte de una máquina o unidad funcional relacionada con el proceso de porcicultura.*

### JAULAS PARIDERAS, JAULAS DE GESTACIÓN Y PLETINAS Y PERFILES – Naturaleza y clasificación arancelaria. Reiteración de jurisprudencia

**Problema Jurídico:** *¿Las jaulas de gestación, las jaulas parideras y las pletinas o perfiles se deben clasificar en la subpartida arancelaria 843699.00.00 por ser parte de una máquina o “unidad funcional”?*

**Tesis:** “Esta Sala en sentencia de 21 de mayo de 2020 en un caso de nulidad y restablecimiento del

derecho entre las mismas partes del presente caso, se concluyó respecto a las mismas mercancías bajo análisis, lo siguiente: “[...] Como se observa, la descripción de la mercancía concuerda con la Partida 84.36, que hace referencia a «Las demás máquinas y aparatos para la agricultura, horticultura, silvicultura o apicultura, incluidos los germinadores con

*dispositivos mecánicos o térmicos incorporados y las incubadoras y criadoras avícolas», y en concreto, a la Subpartida 84.36.99.00.00 para «partes – las demás». De igual manera, señalaron que se trata de un «sistema» destinado para la cría de cerdos. De esta forma, está probado que el importador informó que la mercancía importada estaba destinada a conformar unidades funcionales o máquinas de la Partida 84.36. [...] Debe tenerse en cuenta que, al hacer esa afirmación, la demandada también sostuvo que «no se trata de importación de un sistema, sino de unidades o metros cuadrados, para armar pisos, entendiéndose como parte de la construcción» (ib.). Para analizar este punto se destaca que, según el dictamen pericial, los slats son pisos con diferentes fines relacionados con la porcicultura y que se clasifican en destete, ciego, madres, wen to finish, ferrocast y placa calefatada (f.660, c.4). De esta forma, si bien es cierto que algunas de las piezas importadas están destinadas a armar pisos, también lo es que están exclusivamente destinados a conformar una máquina o unidad funcional para la porcicultura, conclusión a la que llegó el dictamen pericial (f.686, c.4) y las resoluciones de clasificación arancelaria 5349, 5827, 6148 y 6220 de 2010 (ff.108 a 121, c.1). Esta afirmación se refuerza en que no sólo*

*fueron importados slats, sino también otros equipos que conforman la unidad funcional, tales como tolvas, sensores para la distribución de alimentos y unidades de control del alimento proporcionado, según consta en la relación de mercancía importada que, se reitera, no fue objeto de controversia por la autoridad aduanera (ff.31 a 48, c.1). De acuerdo con el criterio de esta Sala, las jaulas de gestación, de paridera, de precebo, de ceba y las pletinas o perfiles hacen parte de una unidad funcional, al estar relacionadas con el proceso de porcicultura. La Sala advierte, que en el presente caso reitera su posición de determinar las mencionadas mercancías, como unidades funcionales, por lo que procederá a declarar la nulidad de los actos demandados. Se observa que el dictamen pericial remitido al expediente por el actor y sus anexos, realiza una descripción detallada de cómo se relacionan los bienes clasificados en los actos administrativos demandados en una unidad funcional de acuerdo con el conocimiento del ingeniero mecánico José Alberto Gómez. De acuerdo con lo expuesto, prospera el cargo. Adicionalmente, la Sala se releva el estudio de los demás cargos, ya que al reiterar el mencionado criterio procede la nulidad de los actos demandados.”*

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 26 de noviembre de 2020, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2013-00001-00 \(19894\).](#)

### **3. La exención del beneficio neto fiscal de las cooperativas del régimen tributario especial del impuesto sobre la renta depende de que se determine en forma correcta el 20% del beneficio neto contable derivado de la aplicación de la normativa cooperativa, para destinarlo a educación.**

**Síntesis del caso:** *Se estudió la legalidad de la liquidación oficial de revisión expedida por la DIAN, que modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2009 presentada por una cooperativa, como contribuyente del régimen tributario especial, en el sentido de cuestionar el beneficio neto fiscal exento. La Sala anuló el acto acusado, por cuanto concluyó que la cooperativa acreditó el cumplimiento de los requisitos legales para calificar el beneficio neto fiscal como exento del impuesto sobre la renta, porque destinó el 20% del beneficio neto contable a financiar cupos y programas de educación formal en instituciones autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional.*

**RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Cooperativas / EXENCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LAS COOPERATIVAS DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL - Requisitos / BENEFICIO NETO O EXCEDENTE FISCAL EXENTO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Requisitos / BENEFICIO NETO O EXCEDENTE FISCAL GRAVADO CON EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Requisitos / INVERSIÓN EN FINANCIACIÓN DE CUPOS Y PROGRAMAS DE EDUCACIÓN FORMAL EN INSTITUCIONES AUTORIZADAS POR EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN EXIGIBLE PARA LA**

**EXENCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LAS COOPERATIVAS - Base de cálculo. No es el beneficio o excedente neto fiscal, sino el beneficio neto o excedente contable**

**Problema Jurídico:** *¿La demandante cumplió los requisitos legales para acceder a la exención del impuesto sobre la renta y, por ende, el beneficio neto fiscal se encuentra exento de tributación?*

**Tesis:** “[L]a Sala concluye que una cooperativa estará exenta del impuesto sobre la renta, siempre y cuando, determine correctamente el 20% del beneficio neto o excedente contable y lo destine conforme a lo ordenado por el artículo 19, inciso 1.º del ordinal 2.º, del ET (en concordancia con la letra b. del artículo 12 del Decreto 4400 del 2004). Evento en el cual, la totalidad del beneficio neto o excedente fiscal que se liquide según artículo 357 del ET, y las normas reglamentarias contenidas en los artículos 3.º, 4.º y 5.º del Decreto 4400 de 2004, tendrá la calidad de exento. Así las cosas, el beneficio neto fiscal, autoliquidado por el contribuyente o modificado oficialmente por la Administración, tendrá calidad de exento, a menos que al beneficio neto contable, en el porcentaje mencionado, no se le aplique la destinación exigida por la norma de exención, pues, en tal caso, la totalidad del beneficio neto fiscal tendrá la calidad de renta líquida gravable con una tarifa del 20% (...) 5- De conformidad con lo considerado en el fundamento jurídico nro. 3, el numeral 4.º del artículo 19 del ET vigente y el artículo 12 del Decreto 4400 de 2004, establecieron como requisitos para acceder a la exención alegada por la demandante, los siguientes: (i) que la cooperativa destinara el beneficio neto de carácter contable como lo establece la Ley 79 de 1988 y; (ii) que invirtiera el 20% de ese mismo excedente, tomado en su totalidad del fondo de educación y solidaridad de que trata el artículo 54 de la Ley 79 *ejusdem*, a financiar cupos y programas de educación formal en instituciones autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional. 5.1- Del acervo probatorio que existe dentro del plenario, se encuentra acreditado (...) que la demandante cumplió los requisitos para calificar el beneficio neto fiscal como exento del impuesto sobre la renta, por cuanto destinó el 20% del beneficio neto contable a financiar cupos y programas de educación formal en instituciones autorizadas por el Ministerio de Educación. Advierte la Sala que, contrario a lo

afirmado por la demandada, el beneficio neto fiscal no constituye la base a la que se refieren las normas del artículo 19 del ET y del artículo 12 del Decreto 4400 de 2004 (modificado por el Decreto 640 de 2005) para calcular la inversión que da lugar a la exención aplicable a las cooperativas, pues aquellas disposiciones aluden es al beneficio neto contable para tales efectos. Adicionalmente, en el *sub iudice*, la demandada no cuestionó la correcta determinación del beneficio neto contable, sino la del beneficio neto fiscal, como también se evidencia con las razones de índole fiscal para motivar el rechazo de los egresos; tampoco entiende la Sala que cuestionó el beneficio neto contable, al plantear las alegaciones relacionadas con la supuesta nulidad absoluta de los negocios jurídicos de cesión de cartera, bajo las afirmaciones de que fueron celebrados sin autorización de los órganos de administración de la cooperativa o con infracción de las prohibiciones generales del régimen cooperativo previstas en el artículo 6.º de la Ley 79 de 1988. Por lo tanto, considera la Sala que la demandante acreditó y cumplió con el requisito exigido por el supuesto de hecho de la norma de exención, exigido por el inciso 1.º del ordinal 4.º del artículo 19 del ET y el artículo 12, letra b, del Decreto 4400 de 2004 (modificado por el Decreto 640 de 2005). Así las cosas, el beneficio neto fiscal del contribuyente tiene la calidad de exento del impuesto sobre la renta. 5.2- De acuerdo con lo dispuesto artículo 12, inciso final, del Decreto 4400 de 2004 (tras su modificación), en concordancia con el inciso 2.º del ordinal 4.º del artículo 19 del ET, «*la totalidad del beneficio neto o excedente fiscal determinado*» será gravable cuando el «*excedente contable*» no se destine a la inversión indicada en los mismos artículos. Con base en ello, estima la Sala que no es procedente determinar una renta líquida gravable sobre los egresos que la Autoridad tributaria consideró como improcedentes en la determinación del beneficio neto fiscal. Por ello, aunado a lo señalado en el fundamento jurídico 5.1, no resulta procedente el cálculo de la cuota tributaria que determinó oficialmente la demandada, pues, se reitera, la demandante acreditó el cumplimiento de los requisitos que la hacen acreedora de la exención analizada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de septiembre de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodriguez, radicación: 25000-23-37-000-2013-00377-01 \(22832\).](#)

## 4. La Sala precisa el marco normativo y el alcance jurídico de los ajustes en la valoración de transacciones entre entidades vinculadas en el régimen de precios de transferencia.

*Síntesis del caso: Se confirmó la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2006 presentada por un contribuyente, en el sentido de adicionar ingresos y disminuir deducciones, como resultado de ajustar a la mediana del rango el margen de utilidad determinado en las transacciones que la actora efectuó en el periodo con sus vinculadas económicas. Lo anterior, porque la Sala concluyó que la DIAN estaba habilitada para efectuar el referido ajuste, dado que la contribuyente omitió hacerlo, pese a que incurrió en el supuesto de hecho que la obligaba a ello, pues, tanto la declaración informativa de precios de transferencia DIPT como la respectiva documentación comprobatoria, reportaban que el margen de utilidad de las operaciones controladas se encontraba por fuera del rango ajustado correspondiente a las operaciones comparables entre partes independientes. Para arribar a esta conclusión, entre otros aspectos, la Sala analizó y precisó el alcance y el valor probatorio de la documentación comprobatoria, como instrumento de fiscalización en el régimen de precios de transferencia; el carácter imperativo del ajuste del precio o margen de utilidad a la mediana del rango cuando se evidencia que las transacciones controladas desatienden el principio de plena competencia al estar por fuera del rango ajustado; la inexistencia de causales exonerativas de la obligación de valorar conforme a la mediana del rango ajustado las operaciones entre entidades vinculadas cuyo margen de rentabilidad se sitúe por fuera del rango transaccional entre partes independientes; el alcance del tipo infractor de la sanción por inexactitud en el régimen en comento, así como el alcance y el valor demostrativo de la prueba pericial en el marco de discusión de la aplicación del mismo régimen.*

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO - Alcance en procedimiento de fiscalización del régimen de precios de transferencia / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Objeto / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Facultades de la DIAN / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Obligaciones formales. Demostración del sometimiento al principio de plena competencia / DEMOSTRACIÓN DEL SOMETIMIENTO AL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Alcance. Reiteración de jurisprudencia / DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Finalidad y objeto / ESTUDIO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Objeto de prueba / ESTUDIO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Alcance y valor probatorio / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Ajuste del precio o margen de utilidad a la mediana del rango. Procedencia por existencia de margen de utilidad por debajo del cuartil inferior del rango transaccional declarado en las operaciones comparables / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - No configuración**

**Problema Jurídico 1:** *¿Se vulneró el derecho al debido proceso por el hecho de que la Administración haya ajustado a la mediana del rango las transacciones que la demandante efectuó durante el periodo con entidades vinculadas del exterior, a partir de la información reportada en la DIPT y en la documentación comprobatoria que aportó?*

**Tesis 1:** “Para el periodo gravable que aquí se debate, el artículo 260-1 del ET disponía que quienes celebraran operaciones con vinculados económicos

del exterior determinarían sus factores componentes de renta, valorando esas operaciones bajo precios y márgenes de utilidad correspondientes a operaciones comparables desarrolladas entre partes independientes; y que la Administración, en uso de sus potestades de verificación y control, podía constatar que así se cumpliera. A tal fin, los obligados deben acreditar el sometimiento al principio de plena competencia, a través de la DIPT –con la cual le informan a la Administración las operaciones llevadas a cabo con vinculados económicos del exterior– y de la «documentación comprobatoria» que deben

elaborar, que incluye el estudio de precios de transferencia que da cuenta de la aplicación del citado régimen. Ambos deberes formales representan cargas de colaboración que se tienen con la autoridad tributaria, por imposición legal, para que esta ejerza la función de revisar la adecuada determinación del impuesto sobre la renta (...). En este sentido, la documentación comprobatoria, además de representar el soporte de la aplicación del régimen de precios de transferencia que efectúa el sujeto pasivo al autoliquidar el impuesto sobre la renta, sirve como instrumento de fiscalización y fundamento de las modificaciones que a la luz del artículo 260-1 del ET puede efectuar la Administración sobre el impuesto declarado, cuando quiera que se incumpla el principio de plena competencia, según está regulado legalmente. Así, cuando el propio contribuyente demuestra, en el estudio de precios de transferencia elaborado, que sus transacciones se sitúan por fuera del rango ajustado y que por ello incumplió el principio de plena competencia, no se requieren comprobaciones adicionales por parte de la autoridad, pues ya el mismo interesado ha afirmado el hecho que era objeto de prueba: esto es, que sus operaciones con vinculados económicos del exterior incumplieron el régimen de precios de transferencia, lo cual habilita a la Administración para modificar la autoliquidación del impuesto sobre la renta. 2.2- En el caso que se enjuicia, está acreditado que la apelante presentó su DIPT correspondiente al periodo 2006 (...), en la cual reportó operaciones de ingreso y de egreso con dos vinculadas del exterior, con un margen de utilidad por debajo del cuartil inferior. Por esa circunstancia, fue requerida mediante auto de verificación para que aportara la documentación

comprobatoria de la DIPT (...); tras lo cual entregó un estudio de precios de transferencia que soportaba la información y los montos consignados en la DIPT (...). Visto que tanto la DIPT como la documentación comprobatoria reportaban que el margen de utilidad de las operaciones controladas estaba por debajo del cuartil inferior del rango correspondiente a las operaciones comparables entre partes independientes, quedó establecido que se había realizado el supuesto de hecho previsto en el tercer inciso del párrafo 2.º del artículo 260-2 del ET (*i.e.* encontrarse por fuera del rango ajustado) que desata la consecuencia de tener que ajustar la valoración de sus componentes de renta en las operaciones controladas a «*la mediana de dicho rango*». Y, dado que en la autoliquidación del tributo la demandante no efectuó el ajuste a la mediana indicado por la norma, la autoridad estaba habilitada para modificar la declaración del impuesto revisada, en el sentido de efectuar el ajuste omitido por la declarante. 2.3- Las referidas circunstancias de hecho y de derecho contrarían el cargo de apelación analizado pues la demandada adelantó las actividades de verificación y control previstas para el régimen de precios de transferencia. Tanto, que a partir de ellas estableció que el precio o margen de utilidad con el que operaron la actora y sus vinculadas económicas del exterior estaba por fuera del cuartil inferior del rango transaccional en las operaciones comparables. Para la Sala, no se vulnera el derecho fundamental al debido proceso por la circunstancia de que la autoridad haya determinado oficialmente el tributo siguiendo los reportes que de manera expresa y consciente le rindió una entidad comercial con alto grado de asesoramiento, como es la demandante.”

**AJUSTES EN LA VALORACIÓN DE TRANSACCIONES ENTRE ENTIDADES VINCULADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Objeto / DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD EN OPERACIONES CONTROLADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Métodos y análisis de comparabilidad de las operaciones / DETERMINACIÓN DEL PRECIO O MARGEN DE UTILIDAD EN OPERACIONES CONTROLADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Cumplimiento del principio de plena competencia / AJUSTE DEL MARGEN DE UTILIDAD A LA MEDIANA DEL RANGO POR ENCONTRARSE POR FUERA DEL RANGO AJUSTADO - Procedencia y obligatoriedad. Alcance y naturaleza jurídica del párrafo 2 del artículo 260-2 del Estatuto Tributario / RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Obligación del ajuste aunque se acrediten circunstancias justificativas del hecho de haber tenido un margen de utilidad por fuera del rango ajustado**

**Problema Jurídico 2:** *¿La existencia de razones que justifiquen haber tenido un margen de utilidad en las transacciones controladas, por fuera del rango ajustado, eximía a la administración de efectuar el ajuste del margen a la mediana del rango, ordenado por el párrafo 2 del artículo 260-2 del Estatuto Tributario?*

**Tesis 2:** “El régimen de precios de transferencia adoptado por nuestra legislación impone la realización de ajustes en la valoración de transacciones entre entidades vinculadas, para

aproximarlas a un marco de competencia económica, independientemente de las obligaciones contractuales que existan entre ellas o de la concurrencia de esquemas de defraudación. En este sentido, el párrafo 2.º del artículo 260-2 del ET dispuso que cuando quiera que el contribuyente estuviese por fuera del rango ajustado, a efectos fiscales, el precio o margen de utilidad de las transacciones controladas correspondería al de la mediana del rango, sin que tal ajuste conlleve tachas sobre la artificialidad de las operaciones. Para lograr que el resultado de las transacciones controladas sea

consistente con el que habrían tenido las mismas de haber sido realizadas entre partes independientes, hace falta identificar operaciones comparables, que sirvan como medio de contraste para determinar el precio o margen de utilidad de plena competencia. Según el artículo 260-2 del ET, en la versión vigente para la época, el margen de utilidad en las operaciones controladas se determinaría seleccionando el método que el contribuyente considerara adecuado, de los que la propia norma enlistaba; y, si existieran dos o más operaciones comparables, se podía obtener un rango de precios o de márgenes de utilidad, que sería ajustable con métodos estadísticos, especialmente, el del rango intercuartil como medida de variabilidad adecuada de la dispersión (parágrafo 2.º). Por tanto, bajo el régimen de precios de transferencia se considera que el precio o margen de la transacción controlada cumple con el principio de plena competencia, si se encuentra dentro del rango (ajustado o no, según el caso) de precios determinados por partes independientes, tras adelantar el análisis de comparabilidad respectivo y aplicar el método más apropiado; en caso contrario, «*se considerará que el precio o margen de utilidad en operaciones entre partes independientes es la mediana de dicho rango*». Observa la Sala, que la norma contiene un mandato de orden imperativo por cuenta del cual corresponde valorar conforme a la mediana del rango, el precio o margen de las transacciones controladas, cuando quiera que se haya determinado un precio o margen de utilidad por fuera del rango ajustado. Además, el ajuste que se debe realizar bajo la normativa nacional analizada no solo es forzoso, sino que valora el resultado de las transacciones controladas en un punto específico del rango de plena competencia (señaladamente, el correspondiente a la mediana del rango), en lugar de limitarse a llevarlo a quedar incluido dentro del rango, por ejemplo, con un ajuste al cuartil inferior. Así, en el caso de precios o márgenes de utilidad que se encuentran por fuera del rango ajustado, la norma no contempla excepciones a la valoración de las transacciones que manda la

norma, ni aun si se acreditan circunstancias justificativas de haberse reportado por fuera del rango de plena competencia. Por la técnica legislativa empleada, la Sala concluye que el parágrafo 2.º del artículo 260-2 del ET analizado, no estableció una presunción legal que pudiera desvirtuarse, sino una consecuencia jurídica directa, un mandato de obligatorio cumplimiento en toda clase de situaciones en las cuales se verifique el supuesto de hecho previsto en la norma, esto es, que las transacciones controladas desatiendan el principio de plena competencia por encontrarse por fuera del rango ajustado. (...) [L]as transacciones que durante el periodo realizó la apelante con entidades vinculadas del exterior debían someterse al principio de plena competencia, de modo que el precio o margen de utilidad de esas operaciones debía estar dentro del rango ajustado al que se refiere el parágrafo 2.º del artículo 260-2 del ET, entonces vigente. Al efecto, se requería un análisis de comparabilidad que incluyera la aplicación del método más acorde a las operaciones controladas y a las realizadas entre partes independientes, para determinar un rango y aplicar los ajustes procedentes para darle mayor confiabilidad al análisis (...) Habiendo incurrido la apelante en el supuesto de hecho previsto en el parágrafo 2.º del artículo 260-2 del ET, surgía de forma inmediata e insalvable la consecuencia jurídica mandada por la norma, según la cual, en la liquidación del impuesto sobre la renta, las operaciones con las entidades vinculadas del exterior se valorarían tomando como margen transaccional el correspondiente a la mediana del rango. Resulta indiferente constatar si los negocios en cuestión se orientaban, o no, a trasladar artificiosamente utilidades al exterior, pues ese análisis no hace parte de la estructura de la norma dirigida a afincar el principio de plena competencia. Resulta impertinente cualquier juicio en ese sentido, en la medida en que la conclusión que arroje no apoya ni exonera la procedencia de la consecuencia jurídica dispuesta en el parágrafo 2.º del artículo 260-2 del ET.”

**ESTUDIO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Información anexa. Estados financieros de propósito especial o segmentados / ESTADOS FINANCIEROS DE PROPÓSITO ESPECIAL O SEGMENTADOS EN ESTUDIO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Finalidad / CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA TRIBUTARIA - Titularidad / APLICACIÓN DE REGLA DE PROPORCIONALIDAD CONSISTENTE EN AJUSTAR A LA MEDIANA LOS INGRESOS DE LAS OPERACIONES CON VINCULADAS PARA DISMINUIR LA CUANTÍA DEL AJUSTE A LAS TRANSACCIONES CONTROLADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Improcedencia / CUANTÍA DEL AJUSTE A LAS TRANSACCIONES CONTROLADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Legalidad de la modificación oficial de la autoliquidación del impuesto sobre la renta del año gravable 2006**

**Problema Jurídico 3:** *¿Procedía disminuir la cuantía del ajuste efectuado en los actos acusados, acudiendo a la regla de proporcionalidad alegada en la apelación?*

**Tesis 3:** “Habida cuenta de que el régimen de precios de transferencia somete el precio o margen de utilidad de las transacciones controladas al principio de plena competencia, las normas reglamentarias regulan la información que se debe adjuntar al estudio

de precios de transferencia a cargo del obligado tributario. Señaladamente, la letra c) del artículo 7.º del Decreto 4349 de 2004, establecía que el estudio de precios de transferencia debía estar acompañado, entre otra información, de estados financieros de propósito especial, que permitieran segmentar los costos y gastos imputables a los ingresos derivados de las operaciones controladas, actividad relevante para determinar el índice de rentabilidad seleccionado para la aplicación del método TU en las transacciones controladas y para adelantar ajustes respecto del precio o margen definido. En el caso, quedó establecido, y no es discutido por las partes, que la actora suministró la documentación comprobatoria, pero sin la segmentación que contempla el reglamento. Su renuencia a cumplir el deber de aportar la información pertinente –que además tenía bajo su control y alcance– no frustra la aplicación del régimen de precios de transferencia. Y su omisión no se puede suplir mediante el ejercicio de proporcionalidad propuesto en la apelación, según el cual, las cifras requeridas se debían inferir a partir de una regla de tres simple, que les atribuyera a las expensas incurridas en las operaciones controladas, un porcentaje en el total de costos y gastos del periodo equivalente al que tuvieran los ingresos

logrados con entidades vinculadas en los ingresos anuales. Tal propuesta es antitécnica, carece de fundamento legal y desconoce las reglas de asignación de la carga de la prueba (artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, reproducido actualmente en el artículo 167 del Código General del Proceso) según las cuales, le incumbe a la parte interesada probar el supuesto de hecho –para el caso, la segmentación de sus costos de producción y venta, mediante estados financieros de propósito especial– de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido –i.e. la determinación del índice de rentabilidad con el método TU en la aplicación del régimen de precios transferencia regulado en el artículo 260-2 del ET, de la época–; máxime, si se tiene en cuenta que la demostración pretendida por la apelante solo dependía de un medio de prueba no aportado que se encontraba a su único alcance. Resulta improcedente este cargo de apelación, pues no se desvirtuaron, mediante las demostraciones pertinentes, las cifras establecidas por la autoridad a partir del estudio de precios de transferencia entregado por la apelante en el procedimiento administrativo de revisión.”

#### **PRUEBA PERICIAL EN RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Inconducencia para acreditar que las operaciones con entidades vinculadas se realizaron a precios de mercado / PRUEBA PERICIAL - Procedencia / PRUEBA PERICIAL EN RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Procedencia para acreditar hechos no jurídicos que sean pertinentes al estudio de precios de transferencia**

**Problema Jurídico 4:** *¿El a quo debía reconocer valor probatorio al dictamen pericial practicado en primera instancia?*

**Tesis 4:** “Vista la finalidad hacia la que se orienta esta pericia y el alcance del dictamen rendido, constata la Sala que se trata de un medio probatorio inconducente a efectos de demostrar hechos con relevancia jurídica en el marco de la aplicación del régimen de precios de transferencia. Lo anterior, porque las normas que regulan dicho régimen no contemplan como supuesto de hecho la circunstancia de que las operaciones con entidades vinculadas se hayan realizado «a precios de mercado», sino que estas se sometan al principio de plena competencia bajo las previsiones metodológicas que para la época prescribían los artículos 260-2 y 260-3 del ET. La falta de eficacia probatoria se reafirma al evidenciar que el propio auxiliar de la justicia advirtió en el dictamen rendido que su labor se circunscribió a sacar un promedio simple del valor de venta unitaria de las unidades totales vendidas en el periodo, para compararlo con el promedio al que se le vendieron productos a una de las entidades con las que tenía vinculación económica y que el menor precio de estas

últimas podría justificarse a partir de inferencias derivadas de un muestreo de facturas de la vendedora. Se trata entonces de un peritaje cuyas constataciones se limitan a hacer dos divisiones simples, las cuales acompaña de una conclusión que, concomitantemente, enerva alegando como justificación una inferencia construida a partir de un hecho indicador no relacionado con la conclusión. Por esas características particulares, la prueba a la cual se refiere la apelación desatiende el mandato del artículo 233 del CPC (actualmente del artículo 226 del CGP), según el cual la peritación solo es procedente para verificar «hechos» que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. Si bien nada impide que se puedan comprobar mediante peritaje hechos no jurídicos que sean pertinentes al estudio de precios de transferencia (v.g. fórmulas financieras, índices económicos, etc.), para que a partir de ellos sea el juez quien formule las conclusiones jurídicas relativas al cumplimiento del principio de plena competencia, juzga la Sala que la prueba sobre la cual recae la impugnación de la sentencia no cumplió las exigencias normativas ni jurisprudenciales sobre la idoneidad probatoria de los peritajes.”

**SANCIÓN POR INEXACTITUD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Conductas sancionables. Desatención del principio de plena competencia que derive en una menor cuota tributaria / CAUSAL EXCULPATORIA O DE EXONERACIÓN PUNITIVA DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Error sobre el derecho aplicable / SANCIÓN POR INEXACTITUD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Alcance del tipo infractor / SANCIÓN POR INEXACTITUD EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Procedencia / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO TRIBUTARIO - Aplicación a la sanción por inexactitud por infracciones al principio de plena competencia en el régimen de precios de transferencia / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL RÉGIMEN SANCIONATORIO TRIBUTARIO - Reducción de la sanción por inexactitud por infracciones al principio de plena competencia en el régimen de precios de transferencia**

**Problema Jurídico 5:** *¿En el caso, procedía la sanción por inexactitud?*

**Tesis 5:** “Para la época de los hechos, dicha figura punitiva estaba regulada por el parágrafo del artículo 260-10 del ET, que prescribía que incurría en inexactitud sancionable quien determinara los componentes de renta en operaciones con vinculados económicos «*con precios o márgenes de utilidad que no estén acordes con los que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables, de los cuales derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente*», infracción que sería reprimida mediante la sanción prevista en el artículo 647 *ibídem*. Dicho en esos términos, la conducta infractora se circunscribía a desatender los dictados del principio de plena competencia, generando como consecuencia una menor cuota tributaria. Todo, sin perjuicio de que el autor fuese exculpado al demostrar que concurrió al caso alguna circunstancia constitutiva de error en la aplicación del derecho, que lo exoneraría de la consecuencia punitiva, por influjo de los mandatos constitucionales, aunque la norma no hiciese una advertencia expresa en ese sentido (sentencia del 11 de junio del 2020, exp. 21640, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez). En el caso objeto de enjuiciamiento, observa la Sala que la demandante no alegó, ni intentó probar, estar incurso en un error en la aplicación del derecho que rige el caso, sino que insistió en que no existía adecuación típica entre su conducta y la descripción legal de la infracción, por cuenta de no haber ocultado cifras, ni incurrido en maniobras fraudulentas, ni haber empleado datos falsos. En esa medida, el análisis de la Sala debe limitarse a establecer si la conducta enjuiciada se

subsume o no en la descripción del tipo infractor, sin que haya lugar a pronunciarse sobre la causal de exoneración punitiva que no fue invocada, ni argumentada por la sancionada. 6.1- Tal como está regulado, para recaer en el tipo infractor basta con determinar los ingresos, costos, deducciones, activos o pasivos, en las transacciones con partes relacionadas, con precios o márgenes de utilidad que no sean acordes con los que se determinarían entre partes independientes en operaciones comparables, de los cuales derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor. La norma no exige que concurra el ánimo de defraudar, ni que se obtenga el resultado mencionado mediante la ocultación de datos, o a través de datos erróneos. De modo que ninguna de las cuestiones por las cuales la apelante alega no haber incurrido en la infracción, constituye un ingrediente del tipo infractor, por lo cual la argumentación planteada no lleva a negar la eventual realización de la conducta punible. En cambio, sí que está demostrado que las transacciones controladas no se valoraron conforme al rango ajustado de operaciones comparables, propiciando un menor valor a pagar por el periodo, con lo cual se incumplió con el principio de plena competencia y se incurrió en la infracción sancionable. No procede el cargo de apelación. 6.2- Sin perjuicio de lo anterior, dado que el artículo 288 de la Ley 1819 de 2016 redujo el porcentaje de la sanción por inexactitud al 100% de la diferencia entre el saldo a pagar o saldo a favor, según el caso, de conformidad con el principio de favorabilidad (artículo 29 de la Constitución) y por ser, en este caso, menos gravosa la sanción prevista en el citado artículo 288 de la Ley 1819 de 2016, la Sala procede a reducir la sanción por inexactitud al 100% de la base determinada en los actos demandados.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 5 de noviembre de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 05001-23-31-000-2011-01430-01 \(21990\).](#)

# SECCIÓN QUINTA

## 1. Se negó la nulidad del acto por medio del cual el Consejo Nacional Electoral revocó la inscripción del demandante como candidato a la alcaldía de Guaranda Sucre.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad y restablecimiento del derecho, del acto por medio del cual el Consejo Nacional Electoral, revocó la inscripción del demandante como candidato a la alcaldía de Guaranda (Sucre) aduciendo que hubo (i) infracción de norma superior al no dar aplicación a la figura de 'pleito pendiente', dado que no había sido resuelta la solicitud de revocatoria directa que formuló contra la sanción disciplinaria que le fue impuesta por la Procuraduría Provincial de Magangué; y, (ii) que los actos demandados están viciados de falsa motivación y desviación de poder, de un lado, por cuanto el CNE afirmó que el recurso de reposición interpuesto contra el acto de revocatoria no estaba sustentado, cuando sí lo estaba; y de otro lado, que habiéndose formulado recusación contra uno de los magistrados que adelantaba la actuación, ésta no se suspendió en aplicación del artículo 12 del CPACA. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de considerar que el fallo disciplinario y con ello la sanción de suspensión para el ejercicio de cargos públicos impuesta al demandante, quedó en firme y cobró todos sus efectos jurídicos, sumado al hecho de que la figura de 'pleito pendiente' opera en el ámbito de las actuaciones judiciales y no dentro de las actuaciones administrativas. Adicionalmente, concluyó la Sala que no hubo falsa motivación como tampoco desviación de poder, en la medida que, si bien se presentó una irregularidad por parte del CNE al no dar respuesta en la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto de revocatoria, al tema de 'pleito pendiente', ello no vicia de nulidad el acto demandado teniendo en cuenta que dicha figura no aplica al trámite administrativo, así mismo, que el escrito de recusación fue presentado con posterioridad al acto que terminó el trámite, de modo que no había lugar a suspender el trámite administrativo.*

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Del acto que revoca la inscripción de un candidato a un cargo de elección popular / EXCEPCIÓN DE PLEITO PENDIENTE – Aplica en actuaciones judiciales pero no en actuaciones administrativas / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Inexistencia de infracción de norma superior / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Inexistencia de falsa motivación y desviación de poder**

Problema Jurídico: *¿Los actos acusados están incursos en las siguientes causales de nulidad: i) infracción de norma superior, en razón a que el actor alega que en el trámite de revocatoria de su inscripción como candidato a la Alcaldía de Guaranda (Sucre), no se dio aplicación a la figura de "pleito pendiente" de que trata el artículo 100, numeral 8º del Código General del Proceso, por lo que se le vulneró el derecho de igualdad y debido proceso previsto en los artículos 13 y 29 superior; el principio de responsabilidad consagrado en el artículo 90 y el derecho de acceso a la administración de justicia, que está consignado en el artículo 229 de la Carta y, ii) falsa motivación y desviación de poder, en tanto el CNE sostuvo erradamente que el recurso de reposición interpuesto en contra del acto de revocatoria, no fue sustentado, lo cual es contrario a la realidad y, de otro lado, por cuanto habiéndose formulado una recusación contra el Magistrado que adelantaba la actuación, debió suspenderse el trámite, según las voces del artículo 12 del CPACA?*

**Tesis:** "Ahora bien, en el sub judice, tenemos que el fallo disciplinario (...) por medio del cual se le impuso al actor la sanción de suspensión para el ejercicio de cargos públicos, completando con ello, tres (3) sanciones disciplinarias durante cinco (5) años, lo que constituía, a su turno, una situación inhabilitante autónoma (...), una vez adquirió firmeza, cobró todos sus efectos jurídicos. En consecuencia, esta sanción disciplinaria podía ser tenida en cuenta por el Consejo Nacional Electoral, como fundamento para revocar la inscripción como candidato a la Alcaldía de Guaranda – Sucre, dado que se encontraba en firme. (...). De otro lado, tampoco es procedente dar aplicación a la excepción de "pleito pendiente" consagrado en el numeral 8º del artículo 100, del Código General del Proceso (...) por cuanto esta figura procesal opera en el ámbito de la actuación judicial y dentro de los procesos regidos por el Código General del Proceso. (...). Así entonces, dado que la actuación que adelanta el CNE, para revocar la inscripción de un candidato, es de naturaleza administrativa y no judicial, y no existe norma que extienda la aplicación de estatuto procesal a este procedimiento, no es posible aplicar este

dispositivo procesal, razón por la cual, este cargo no está llamado a prosperar. (...)[E]l demandante alega (...) (i) que el CNE incurrió en un yerro al resolver el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 4647 de 10 de septiembre de 2019 – que revocó la inscripción –, por cuanto afirmó que el demandante no sustentó el recurso, cuando en realidad si lo hizo y (ii) que a pesar de haberse recusado al magistrado ponente, se continuó la actuación y se procedió a confirmar el acto recurrido, lo que vulneró el artículo 12 del CPACA, que ordena la suspensión de la actuación administrativa. (...). [C]onsidera la Sala que le asiste razón al actor, en relación con este cargo, pues, una cosa es el acto por el cual, la autoridad electoral revoca la inscripción del candidato y otra el que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la decisión inicial, pues este último, debe responder todos y cada uno de los ataques formulados contra la decisión. (...). En este orden, se vulneró el derecho al debido proceso y el

derecho de defensa del actor, previstos en el artículo 29 de la Carta. Sin embargo, comparte la Sala el planteamiento del Ministerio Público, en el sentido que si bien se incurrió en una irregularidad en el trámite seguido, por cuanto se omitió resolver sobre el tema del “pleito pendiente”, en la resolución que resolvió el recurso interpuesto, una declaratoria de nulidad edificada sobre este vicio, tampoco cambiaría la suerte del caso, dado que esta figura no se aplica en el trámite administrativo. Finalmente, en lo atinente al desconocimiento del artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 (...) advierte la Sala que, en este punto, el actor carece de razón, pues debe precisarse que la Resolución 4819 de 2019 – que resolvió la impugnación –, con la cual terminó el trámite, fue expedida el 17 de septiembre, y el escrito de recusación fue radicado el 18 de septiembre, es decir, un (1) día después, por lo cual no había trámite administrativo que suspender, por lo que no se encuentra vulnerado el precepto en mención.”

### Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate

#### **ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE – Difiere del acto preparatorio / ACTO DE INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA ELECTORAL – Corresponde a un acto preparatorio**

**Tesis:** “Si bien comparto la decisión adoptada, en la sentencia objeto de aclaración, se indicó que “el acto de inscripción de una candidatura, como quiera que impulsa, viabiliza o instrumentaliza dicha participación, es un acto de trámite o preparatorio, no susceptible de ser demandado ante el contencioso, de forma independiente, sino a través de la nulidad electoral frente al acto que declara la elección. (...)” De lo anterior, se extrae que la providencia trata como sinónimos el acto de trámite con el preparatorio, afirmación que, según el criterio de la suscrita, desconoce el criterio de la Sección en la que se señaló que, aunque tanto los actos de trámite como los preparatorios son previos e instrumentales para la decisión que se tome de fondo, aquellos tienen diferencias sutiles que impiden equiparlos entre sí.

(...). En suma, conforme con lo expuesto, la providencia debió señalar que el acto por el cual se inscribe una candidatura, tiene la categoría de preparatorio, lo que no es sinónimo de un acto de trámite como desafortunadamente lo concluyó la providencia. La anterior distinción, cobra importancia en el presente caso, en la medida en que si bien el acto antes señalado, es necesario para la consecución del acto definitivo; es decir, el que declara la elección, su revocatoria, generaría efectos más drásticos en cuanto a la aspiración a ser elegido popularmente, pues ello impediría a los candidatos participar en una contienda electoral, lo que denota que su naturaleza no es de mero impulso sino necesario para que la ciudadanía elija a sus mandatarios.”

### Aclaración de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

#### **SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Alcance de los efectos en que se decreta la medida por juez de la nulidad y restablecimiento del derecho en caso hipotético**

**Tesis:** “Plantea la sentencia que puede darse el caso de que un candidato excluido, en sede administrativa, del certamen electoral, acuda al juez de lo contencioso, vía medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en procura de obtener la anulación del acto por medio del cual se revocó su inscripción y que con su demanda solicite la suspensión provisional de los efectos jurídicos de dicha decisión. Por su parte, que el juez que conozca de dicha demanda acceda a su petición cautelar,

suspenda los efectos jurídicos del acto revocatorio de su inscripción y ordene que haga parte de las elecciones y, finalmente el candidato-demandante obtenga el favor popular y alcance el cargo al cual aspira. También se plantea, en este escenario hipotético, que el proceso finalice con sentencia que niega las pretensiones de la demanda, y si este acaece luego de declarada su elección, el elegido resultaría ser una persona que no debió hacer parte de las elecciones de las que resultó ganador, ante lo

cual el fallo, en el cual aclaro mi voto, determinó que era necesario acusar la ilegalidad del acto declaratorio de la elección, acudiendo al respectivo medio de control -nulidad electoral- en la oportunidad señalada en el numeral 2º, literal a) del artículo 164 del CPACA. (...). En este orden de ideas, podría considerarse la posibilidad de que el decreto de la suspensión provisional precise que en el caso de que las pretensiones de la parte actora sean denegadas, lo que equivale a que el demandante no debió continuar o hacer parte de la contienda electoral, no se requiera acudir a un nuevo trámite judicial esta vez de nulidad electoral, para anular su elección, sino que al estar en firme la revocatoria de su inscripción y no demostrarse la ilegalidad de la cual se acusó, se tiene

por estructurada y declarada la inhabilidad en su contra, lo que debe bastar para que no continúe en el ejercicio de su cargo. Con mi postura, lo que pretendo evidenciar es que no se debe imponer la necesidad de tener que juzgar la nulidad del acto electoral, sino que el juez de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho deberá precisar los efectos en que decreta la suspensión provisional del acto revocatorio de la inscripción y sus consecuencias en el debate electoral, para con ello evitar el curso de varios procesos judiciales pero en especial que por la caducidad de la acción electoral, nos veamos obligados que una persona inhabilitada no pueda ser apartada de su cargo.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 29 de octubre de 2020, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 11001-03-28-000-2019-00042-00.](#)

## 2. Se confirmó la sentencia que negó las pretensiones de nulidad contra el acto que declaró el derecho personal a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto por medio del cual se declaró el derecho personal en cabeza del señor Juan Felipe Restrepo Tamayo, a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello (Antioquia), aduciendo que tal declaración le resta efectos al voto en blanco toda vez que éste obtuvo la segunda votación mientras que el señor Restrepo Tamayo obtuvo la tercera votación. La Sala confirmó la decisión del a quo, al concluir que el derecho personal recae en el candidato que le siga en votos al electo en el cargo público, sin que pueda contabilizarse para el otorgamiento del derecho personal al voto en blanco.*

**NULIDAD ELECTORAL – Contra acto que declaró derecho personal a ocupar una curul en el Concejo Municipal / VOTO EN BLANCO – Las normas superiores no lo contabilizan para el otorgamiento del derecho personal de acceder a una curul / VOTO EN BLANCO – Efectos / NULIDAD ELECTORAL – El derecho personal radica en un candidato en específico**

**Problema Jurídico:** *Consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para mantener incólume la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta Mixta, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda contra el acto que declaró el derecho personal del señor Juan Felipe Restrepo Tamayo, a ocupar una curul en el Concejo Municipal de Bello, para el período 2020-2023, al no encontrar probado el desconocimiento de los artículos 112 Superior, 25 de la Ley 1909 de 2018 y la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral, en lo que hace al otorgamiento del escaño al demandado como consecuencia de ser el segundo candidato más votado y la tercera opción después del voto en blanco en las elecciones a la alcaldía de Bello, conclusión que a juicio del actor le resta efectos al*

*voto en blanco conforme sus argumentos de impugnación.*

**Tesis:** “La elección del ciudadano Juan Felipe Restrepo desconoce el valor del voto en blanco como manifestación válida y democrática. Para el actor, otorgar la curul al aludido ciudadano transgrede los artículos 112 Constitucional y 25 de la Ley 1909 de 2018, por cuanto el sentido de éstas, es que la denominada curul de la oposición deba otorgarse a la segunda manifestación democrática en las urnas para el respectivo cargo unipersonal. (...). De la norma superior se extrae, que el derecho personal recae en el candidato que le siga en votos al electo en el cargo público. (...). Así las cosas, se tiene que la Constitución en su carácter normativo, no previó contabilizar para el otorgamiento del derecho personal al voto en blanco, ya que de haberlo querido así, de manera

expresa lo hubiera consagrado. (...). Por manera que, al reconocer las normas electorales el derecho personal a un candidato, para acceder a una curul y no ordenó en su regulación para efectos de su otorgamiento tener en cuenta el voto en blanco, no puede entenderse por vía de interpretación que es un parámetro para definir el reconocimiento de tal prerrogativa. Lo esgrimido, permite concluir que no es posible revocar el fallo impugnado en cuanto hace a este argumento de impugnación. (...). [En criterio del actor] Existe un desconocimiento flagrante del valor del voto blanco con la elección demandada, toda vez que el acto electoral así expedido, hace nugatoria la decisión de quienes optaron por no apoyar candidato alguno, otorgando al derecho personal un reconocimiento político y electoral que no resulta real. (...). El voto en blanco así erigido, es una forma de control social a las colectividades políticas en las que a través del voto se les censura por el otorgamiento de avales o apoyo, a personas que a juicio de los electores, por ejemplo, no tiene un buen programa de gobierno, carecen de políticas que consulten las necesidades territoriales, falta de idoneidad, entre otros muchos motivos de insatisfacción que materializan en las urnas marcando la opción en

blanco. Cuando esa insatisfacción logra ser la mayoría del total de votos válidos, se debe repetir la correspondiente elección con dos consecuencias: i) en los cargos uninominales no se podrán presentar los mismos candidatos y, ii) en las corporaciones públicas no se podrán presentar las listas que no hayan alcanzado el umbral. (...). Pretender, que se le otorgue un segundo efecto como lo interpreta el actor en su demanda, es contrariar la norma superior y afectar de forma directa la voluntad popular que validó las candidaturas inscritas y el derecho de representación política que ostentan las colectividades que buscan acceder al poder. Entender el voto en blanco, de la forma que lo entiende la parte actora, supone que no solo se afecte la concreción del derecho personal, sino que se pueda hacer extensiva a las corporaciones públicas, bajo la égida de la doble efectividad de esta opción, es decir, que no solo se tendrá en cuenta para determinar si existe el suficiente apoyo a los candidatos inscritos y no tener que repetir las elecciones y determinar el umbral y la cifra repartidora en corporaciones públicas, sino que además podría invalidar candidaturas concretas."

### Aclaración de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

#### NULIDAD ELECTORAL – Complementación argumentativa del derecho personal a la curul de oposición

**Tesis:** "El alcance que le dieron los ponentes [durante el trámite del proyecto en el congreso] al reputado esquema de asignación de curules, se afincó en importantes principios democráticos y de legitimidad pública, pues no se trató únicamente de reconocer una forma de representación política, sino también de aunar el ejercicio del control político, en el marco del sistema de pesos y contrapesos, a partir de un hecho electoral conocido –el resultado de la contienda electoral–, que busca dar fuerza operativa a una idea de gobierno que remarque en las corporaciones públicas el principio de separación de poderes. (...). A partir de la literalidad de dicha disposición surgen una serie de ingredientes que definen su contenido, a saber: (i) una condición subjetiva, haber sido candidato a alguno de los cargos uninominales enlistados en dicho artículo; (ii) una causa, obtener el segundo lugar como candidato en esos comicios; (iii) una consecuencia, el surgimiento de un derecho personal en la respectiva curul durante el período de la correspondiente corporación; (iv) una relación con el número de escaños ordinarios de esa corporación, dependiendo de si se trata del Congreso de la República o de las demás corporaciones públicas; y (v) las implicaciones frente al supuesto de no ejercicio del derecho personal. (...). [E]l Estatuto de la Oposición ratifica los postulados constitucionales definidos para la curul de oposición, sometiendo su ejercicio, en todos los casos, al régimen de bancadas; concretando, para el caso de los Congresistas, su

asiento "adicional" en las respectivas comisiones primeras constitucionales; y definiendo, para los miembros de corporaciones públicas territoriales, el procedimiento de aceptación o rechazo de su curul "fundamental" (no adicional). Esto último resulta de cardinal importancia, pues constituye uno de los elementos diferenciales respecto de las curules que se obtienen por los mecanismos ordinarios que tienen por objeto las elecciones parlamentarias o las territoriales a través de las cuales se conforma la base de las referidas instituciones. Poder rehusar la curul es una consecuencia de la tipología del derecho adquirido por ser el siguiente en votos respecto del candidato electo a alguno de los cargos uninominales de que trata el artículo 112 Superior. (...). El hecho de que el derecho a la curul en cuestión sea "personal" debe dimensionarse desde por lo menos tres puntos de vista: (i) el de la simple distinción propia del derecho civil entre derechos reales y personales; (ii) el de que no se trata de un derecho de la agrupación política, sino de la persona en quien recae; y (iii) el que su configuración no se supedita al sistema de fórmula, lo que quiere decir, que tanto el excandidato a la presidencia como el ex candidato a la vicepresidencia –dicotomía a la que no se enfrentan los aspirantes a la gobernación o alcaldía– son autónomos para definir, por separado, si aceptan la curul que les correspondería en el Congreso."

## Salvamento de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

### **NULIDAD ELECTORAL – Si el voto en blanco obtiene la segunda votación, la curul no puede asignarse a quien obtuvo el tercer lugar**

**Tesis:** “De la norma transcrita [artículo 25 de la ley 1909 de 2018] se concluye, entonces, que dos (2) son los presupuestos, para que el candidato que ha perdido las elecciones a la alcaldía, pueda acceder a una curul en el concejo municipal respectivo a) que haya participado en el certamen electoral como candidato a la alcaldía y b) que haya obtenido la “segunda votación”, después del candidato elegido, esto es, que el guarismo representativo de los votos escrutados, sea la segunda opción por la cual votaron los electores. (...). [E]s de suponer que la expresión “que sigan en votos” de la norma en comento, se refiere a las mayorías expresadas en las urnas, de tal suerte que si el candidato a la alcaldía obtiene la tercera votación en orden descendente, no puede predicarse el derecho personal de ocupar la curul en la corporación, dado que esta opción política resulta ser inferior a la hipótesis prevista en la norma. (...). De otro lado, desde el punto de vista del principio democrático, fuente de legitimidad y de toda regla para la conformación y elección de las autoridades, se impone señalar que si el voto en blanco, ocupó la segunda posición, no puede concluirse, de igual manera, que el candidato con la tercera votación para la alcaldía pueda reclamar la curul en la corporación respectiva. Ello por cuanto este entendimiento lesiona el derecho de quien obtuvo el último escaño para el concejo municipal, con un amplio y mayoritario respaldo popular, obtenido en las urnas, que lo legitima para integrar dicha corporación. (...). Por lo

tanto, pretender otorgarle al “tercero en la votación” obtenida para la alcaldía, una curul en el concejo municipal, es contrariar la norma superior y afectar de forma directa la voluntad popular que validó el respaldo frente a las candidaturas inscritas para la corporación de elección popular. (...). Por lo tanto, el “apoyo significativo”, no puede ser otro que aquel que lo coloca en la “segunda posición” en el resultado electoral, que le da un grado de legitimación democrática que lo hace acreedor del derecho a reclamar la curul de que trata la norma. Ahora bien, con esta conclusión, no se pretende equiparar el voto en blanco a un “candidato”, como lo entendió reiteradamente la sala mayoritaria. (...). En suma, este derecho no opera de forma automática, por el solo hecho de haber sido el candidato aspirante a la alcaldía y obtener algunos votos, sino que es necesario representar la segunda votación. En este orden, la lectura del artículo 25 de la Ley 1909, debe partir de su teleología, cual es, que el candidato debe haber obtenido un amplio respaldo popular representado en el guarismo más alto, después del escrutado en favor del elegido a la gobernación; de lo contrario, estaríamos reduciendo, de forma automática, un (1) escaño, a todas las asambleas y concejos del país, a efectos forzar y dar cabida al “derecho personal” de que trata la norma, cuando este no fue el sentido con la cual se incorporó esta nueva regla al régimen electoral colombiano.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 19 de noviembre de 2020, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 05001-23-33-000-2019-03317-01.](#)

## **3. Se confirmó la decisión que decretó la suspensión provisional del acto de elección del personero municipal de Ibagué.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad, con solicitud de suspensión provisional, del acto de elección del personero municipal de Ibagué, aduciendo que la Corporación Centro de Consultoría, Investigación y Edición Socio-Económica, quien participó en el proceso adelantado para elegir personero municipal, no corresponde a una entidad especializada en procesos de selección de personal. La Sala confirmó la decisión del a quo que decretó la suspensión provisional del acto de elección del personero municipal, teniendo en cuenta que de la revisión del objeto social de la corporación en mención, no se advierte que corresponda a una entidad especializada en procesos de selección de personal.*

**RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que decretó suspensión provisional del acto de elección de Personero Municipal de Ibagué / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – La calidad de entidad especializada en procesos de selección de personal debe estar contenida en el objeto social / RECURSO DE APELACIÓN – Confirma decisión**

**Problema Jurídico:** *¿El acto de elección del demandado debe ser o no suspendido de manera provisional en la medida que la Corporación Centro de Consultoría, Investigación y Edición Socio-Económica, "CCIES", incumple las condiciones impuestas por el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015?*

**Tesis:** “[L]a providencia recurrida fundó su determinación de acceder a la petición cautelar de suspender de manera provisional los efectos jurídicos del Acta No. 057 de 27 de febrero de 2020, dictada por el Concejo Municipal de Ibagué, en lo concerniente con la declaratoria del acto de elección del demandado, como personero de esa municipalidad, para el periodo 2020-2024, apoyado en el entendimiento que este juez electoral le dio al contenido del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015. (...). [E]n asuntos, como el presente en los que se cuestiona que la entidad que, por decisión del concejo municipal, participó en el proceso adelantado para elegir personero municipal, carece de la calidad de “...entidad especializada en procesos de selección de personal”, es lo procedente entrar a revisar su objeto social, el cual claramente debe estar consignado en sus estatutos y en el certificado de existencia de representación legal. (...). [E]n criterio de la Sala el hecho de que la Corporación Centro de Consultoría, Investigación y Edición Socio-Económica, haya participado en otros procesos administrativos, no significa necesariamente que tenga la calidad de “...entidad especializada en procesos de selección de personal”, la cual como ya se manifestó, para su configuración se exige que esté contenida en su objeto social, pues de lo contrario sería dable señalar que ha llevado a cabo una labor ajena a las actividades que la sociedad desarrolla o

debe adelantar. (...). Así las cosas, se tiene que la decisión apelada se dictó con fundamento en la tesis que fijó esta Sección, por lo que no se advierte la escasa argumentación a la que alude el recurrente como tampoco que se haya incurrido en la omisión de tener en consideración los documentos allegados por el demandado, lo que impone concluir que no existen argumentos para revocar la medida cautelar declarada en la providencia recurrida. Por último, se precisa que el recurrente señaló que el cargo de violación formulado por la parte actora, no incide en el acto de elección que se pide anular, para lo cual basta con señalar que su argumento carece de vocación de prosperidad pues en oportunidad anterior ya se anuló la elección de otro personero porque se demostró que, en efecto, el acto estaba viciado porque se probó que la entidad que adelantó el concurso no cumplió con la exigencia de “...entidad especializada en procesos de selección de personal”, que exige el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015. Asimismo, resta manifestar que en lo referente a la sentencia a la que se alude en el recurso de apelación, basta con señalar que fue dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá y contradice la tesis vigente según la cual la calidad de “...entidad especializada en procesos de selección de personal”, que exige el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, debe demostrarse a partir de su objeto social, lo que demuestra que dicho antecedente no resulta asimilable al presente asunto. En conclusión, se confirmará la decisión contenida en el auto de 31 de agosto de 2020, en cuanto decretó la medida de suspensión provisional del acto de elección del señor WILSON PRADA CASTRO, como Personero Municipal de Ibagué, pues como se demostró los reparos del recurrente carecen de vocación de prosperidad.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 8 de octubre de 2020, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 73001-23-33-000-2020-00081-01.](#)

## 4. Se confirmó la decisión que negó la nulidad del acto de elección de un concejal del municipio de Ibagué.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección de un concejal del municipio de Ibagué, alegando que el demandado se encuentra impedido absolutamente para ejercer el cargo, dada la incapacidad física permanente que padece. La Sala confirmó la decisión del a quo que negó las pretensiones de la demanda, bajo la consideración de que, no existe una limitación para que una persona con alguna discapacidad pueda ser candidata en las elecciones para cargos de voto popular y ser elegida o ingresar al servicio público, siempre y cuando su condición de discapacidad no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos.*

**NULIDAD ELECTORAL – Contra elección de concejal / NULIDAD ELECTORAL – La pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral no constituye un incumplimiento a los requisitos para acceder al cargo de concejal como tampoco comporta una inhabilidad / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD – Puede ser candidato a cargos de elección popular siempre y cuando su condición no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos**

**Problema Jurídico:** (i) *¿El literal c) del artículo 51 de la Ley 134 de 1996 consagra un requisito para acceder al cargo de concejal?* y (ii) *¿el demandado estaba apto para ser elegido concejal de Ibagué, por tener una pérdida de capacidad laboral de más del 50% y ser beneficiario de una pensión por invalidez?*

**Tesis:** “Del texto de la norma [literal c del artículo 51 de la Ley 136 de 1994] se advierte, tal como lo dijo el Tribunal en primera instancia, que no consagra un requisito del cargo, sino que establece que la incapacidad física permanente deviene en una falta absoluta para quien ostente el cargo de concejal. En este punto se precisa que el medio de control de nulidad electoral, no es el medio adecuado para pretender que se declare la falta absoluta del cargo por una incapacidad física permanente y su consecuente retiro, puesto que tiene por objeto estudiar la legalidad del acto de elección. (...). Esta Corporación explicó que el literal c) del artículo 51 de la Ley 134 de 1996 no constituye una inhabilidad, puesto que la misma se genera cuando la persona se halla en estado de interdicción judicial, más no por tener reconocida una pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral. (...). Ahora, si bien en este caso no se alega que el demandado esté incurso en una inhabilidad, lo cierto es que tampoco se encuentra que el hecho de tener una pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral implica incumplimiento de los requisitos del cargo. (...). De acuerdo con esta disposición [artículo 26 de la Ley 361 de 1997], la discapacidad no se puede erigir como un motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos de que sea demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. (...). Según lo establecido en esta norma [artículo 33 de la Ley 361 de 1997], una persona que devengue una

pensión por invalidez puede ingresar al servicio público, y no perderá tal derecho, siempre y cuando no implique doble asignación al tesoro público. (...). De acuerdo con el anterior recuento normativo, es claro que no existe una limitación para que una persona con alguna discapacidad pueda ser candidata en las elecciones para cargos de voto popular y ser elegida o ingresar al servicio público, siempre y cuando su condición de discapacidad no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1996 de 2019. En este contexto, se deben garantizar los derechos políticos de las personas con discapacidad, para lo cual la ley presume su capacidad legal, en aras de evitar tratos discriminatorios. Explicado lo anterior, se tiene que dentro del expediente no obra prueba que demuestre que la discapacidad que tiene el demandado era incompatible o insuperable para ser elegido concejal. (...). De acuerdo con lo anterior, es claro que si bien el demandado con ocasión de la pérdida de la capacidad laboral, se consideró no apto para actividades militares, lo cierto es que dada la evolución que tuvo pudo estudiar y desempeñarse como tecnólogo en rayos x. Así mismo obran certificaciones médicas que indican que el demandado no tiene limitaciones cognitivas o comportamentales que afecten el desempeño de sus actividades cotidianas, laborales o personales. Por lo expuesto y al no encontrar que el demandado incumplió con alguno de los requisitos, calidades o inhabilidades que se exigen para aspirar al cargo de concejal, se confirmará la sentencia de primera instancia.”

**Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate**

**NULIDAD ELECTORAL – La sentencia aceptó como causal de anulación que la situación de discapacidad de la persona designada sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD – Gozan de presunción de capacidad / NULIDAD ELECTORAL – El análisis de la capacidad física y mental de la persona designada para desempeñar las funciones del empleo es un asunto ajeno al ámbito electoral que corresponde al ámbito laboral**

**Tesis:** “Aunque comparto los argumentos por los cuales se confirmó la negativa de las pretensiones de la demanda, (...) no comparto las razones que expuso la sentencia para justificar que constituye una causal de nulidad en materia electoral, que el elegido padezca de una discapacidad “incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos”. En efecto, el fallo respecto del cual aclaro mi voto, (...) plantea como asunto a resolver “si el demandado estaba apto para ser elegido concejal de Ibagué, por tener una pérdida de capacidad laboral de más del 50% y ser beneficiario de una pensión por invalidez”. Para resolver el problema antes señalado, a partir del análisis de varios preceptos de orden interno e internacional, se propone como parámetro para revisar la validez de una designación, verificar que la condición de discapacidad de una persona “no sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos”, lo que implica desvirtuar la presunción de capacidad, que también se predica de quienes tienen tal condición. (...). [A] mi juicio se terminó aceptando como un asunto susceptible de ventilarse en sede de nulidad electoral, inclusive, como causal de anulación de las elecciones, nombramiento y llamamientos, que la situación de discapacidad de la persona designada sea incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo, regla que no advierto esté contenida o se desprenda de las normas especiales en materia electoral, relativas a los requisitos, calidades e inhabilidades. (...) [D]e los instrumentos analizados por la Sala, que insisto, contienen derechos para las personas con discapacidad, y por ende, valiosas herramientas que pueden invocar ante un tratamiento discriminatorio o para reclamar una acción afirmativa, no advierto que se desprenda la existencia de un requisito en materia

electoral, consistente en no padecer de una condición de discapacidad incompatible e insuperable para el ejercicio del cargo directamente o por medio de apoyos. Hago esta precisión, porque el hecho de predicar el anterior requisito para acceder a los cargos públicos, como lo hace el fallo, conlleva a que la ciudadanía está legitimada para cuestionar la legalidad de una elección sobre la base de la “falta de capacidad” o “aptitud” física o mental del elegido, y a su vez, que las autoridades electorales son competentes en sede administrativa y judicial para revisar dicha situación de cara a la validez de la designación, nombramiento o llamamiento. (...). Dicho de otro modo, no considero acertado que de normas que buscan la protección de los derechos de las personas con discapacidad, entre los que se destacan su vinculación al mundo laboral y el ejercicio pleno de los derechos políticos, se infiera un requisito para ser elegido, y aún más, una causal de nulidad electoral, aunque las normas relativas a requisitos, calidades, inhabilidades y causales de anulación no establecen tal condición o situación de inelegibilidad. (...). Aunado a lo expuesto, vale la pena destacar, que las consideraciones que efectúa la sentencia frente al segundo problema jurídico planteado, relativo a la “aptitud para ser elegido”, finalmente conllevan a un análisis de la capacidad física y mental de la persona designada para desempeñar las funciones del empleo, asunto que considero corresponde al ámbito laboral. (...). Es más, al asumir que en el ámbito electoral es posible abordar un asunto de carácter laboral, (...) podría generar (...) decisiones contradictorias, dada la posibilidad de estudiar dicha situación en los referidos ámbitos, en detrimento de principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima.”

**Aclaración de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**

**NULIDAD ELECTORAL – La causal de vacancia absoluta a que alude la incapacidad física permanente no constituye inhabilidad para ejercer el cargo de concejal debiendo estar presididas de la declaratoria judicial de interdicción / NULIDAD ELECTORAL – El análisis de pruebas del estado de salud del demandado no tuvo por finalidad constituirse como causal de nulidad sino a efectos de la posible declaratoria de vacancia por falta absoluta por parte del concejo municipal / NULIDAD ELECTORAL – La sentencia tiene afirmaciones que pueden interpretarse apartándose de la conclusión según la cual la causal de vacancia absoluta no puede ser analizada como vicio en el acto de elección**

**Tesis:** “Acompañé la decisión a la que se arribó en el fallo porque la causal de vacancia absoluta en la que se funda el actor para solicitar la nulidad de la elección del concejal demandado, no constituye circunstancia que afecte su legalidad. En efecto, como se afirma en la sentencia, esta Sala Electoral, en fallo de 15 de diciembre de 2016, concluyó que la causal de vacancia absoluta de que trata el literal c) del artículo 51 de la Ley 136 de 1994 -incapacidad física permanente-, no constituye inhabilidad para ejercer el cargo de concejal. (...). [E]n esa sentencia se afirmó que “...no resulta suficiente para que en el plano jurídico se pueda enervar la presunción de legalidad que reviste al acto de elección enjuiciado, habida cuenta que dichas inhabilidades tienen como punto de partida la interdicción, que debe ser declarada judicialmente”, pero resulta necesario manifestar que tal situación aludía al contenido de las causales. (...). [A]compañé el proyecto en lo relacionado con analizar las pruebas allegadas al expediente que daban cuenta del estado de salud del demandado, (...) no a efectos de que se entendiera que dicha circunstancia pudiera constituirse como causal de nulidad del acto electoral sino con la finalidad de que, de ser del caso, las mismas se remitiera al Concejo Municipal para que tomara las decisiones del caso, tal y como lo dispone el artículo 54 de la Ley 136 de 1994. (...). Finalmente, sin desconocer la relevancia que tienen las normas internas y las comunitarias relacionadas con la protección a las personas en situación de

discapacidad y la necesidad de garantizar sus derechos políticos, considero que en este caso su inclusión en lugar de servir de fundamento a la conclusión arribada, puede generar confusión en los lectores. Lo primero, porque el fallo comenzó por descartar que la condición particular del demandado que devino en el reconocimiento de su derecho a pensión de invalidez, tuviera la entidad de viciar de nulidad su acto de elección como concejal. Además, se definió que el estudio de la configuración o no de la causal de vacancia de cargo, en razón de la condición médica del acusado, correspondía adelantarla al juez laboral, sin embargo, se aborda su análisis. (...). En mi criterio, dichas afirmaciones, pueden ser interpretadas como que se apartan de la conclusión según la cual la causal de vacancia absoluta no puede ser analizada como vicio en el acto de elección, pues contrario a limitarse a poner en evidencia si en el plenario existía o no alguna prueba que permitiera inferir que el demandado no estaba en plenas condiciones para desempeñar el cargo de concejal, se adentra en su análisis y señala que “...dada la evolución que tuvo pudo estudiar y desempeñarse como tecnólogo en rayos x”, afirmación para la cual, en mi criterio, esta Sala carece de competencia y de la experticia que requiere un pronunciamiento en dicho sentido.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 22 de octubre de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 73001-23-33-000-2020-00004-01.](#)

# SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

# 1. Aplicación de los estímulos a que se refiere la Ley 403 de 1997 resultan aplicables a quienes sufraguen en el proceso de elección unificada de los consejos de juventudes de que trata la Ley Estatutaria 1622 de 2013 modificada por la Ley Estatutaria 1885 de 2018.

*Síntesis del caso: La Ministra del Interior consulta si es jurídicamente viable reconocer los estímulos electorales previstos en la Ley 403 de 1997 a quienes sufraguen en el proceso de elección unificada de los consejos de juventud de que trata la Ley Estatutaria 1622 de 2013 modificada por la Ley 1885 de 2018.*

## CONSEJOS DE JUVENTUDES – Concepto / CONSEJOS DE JUVENTUDES – Procedimiento para su conformación / CONSEJOS DE JUVENTUDES – Elecciones unificadas / CONSEJOS DE JUVENTUDES – Naturaleza de su elección

**Problema Jurídico 1:** “¿La elección de los consejos de juventudes de que trata la Ley 1622 de 2013, modificada por la Ley Estatutaria 1885 de 2018, constituye un mecanismo de participación de carácter electoral?”

**Tesis 1:** “Los consejos de juventud son mecanismos autónomos de participación, concertación, vigilancia y control de la gestión pública e interlocución de los jóvenes ante la institucionalidad pública. Los jóvenes, en comicios, escogen directamente a quienes han de ser sus representantes en corporaciones en las que se adoptan decisiones en materia de concertación, vigilancia y control de la gestión pública en temas concernientes a juventud. Para su conformación, en el caso de los consejos distritales, municipales y locales, se celebran elecciones propiamente dichas, que cuentan con la organización y dirección de la Registraduría Nacional del Estado Civil y cuyos resultados son pasibles de control judicial mediante la acción electoral. Es así que la elección unificada de tales consejos comporta un proceso institucional que emplea el voto como mecanismo de manifestación de la voluntad política, con base en la participación de varias listas, incluso provenientes de partidos y movimientos políticos, que de manera libre compiten en procura de obtener curules en un órgano de representación popular de las juventudes. Además, se trata de elecciones que se celebrarán periódicamente, pues el artículo 21 de la Ley 1885 de 2018 prevé que se lleven a cabo cada 4 años. (...) [L]a elección de los consejos de juventud es un mecanismo de participación de carácter electoral mediante el cual las y los jóvenes escogen directamente sus representantes en corporaciones en las que se adoptan decisiones en materia de concertación, vigilancia y control de la gestión pública en temas concernientes a juventud. A diferencia de los referendos, las consultas populares, los plebiscitos y las revocatorias de mandato, son procesos que no

requieren un umbral mínimo de participación para su validez.”

**Problema Jurídico 2:** “¿Resulta jurídicamente viable conceder los estímulos a que se refiere la Ley 403 de 1997, modificada por la Ley 815 de 2003, a quienes sufraguen en el proceso de elección unificada de los consejos de juventudes de que trata la Ley Estatutaria 1622 de 2013, modificada por la Ley Estatutaria 1885 de 2018?”

**Tesis:** “[D]e conformidad con la voluntad del legislador plasmada en la exposición de motivos, y con la sentencia que la declaró conforme con la Constitución Política, la Ley 403 de 1997 tiene como telos el de consolidar la democracia -fin legítimo desde el punto de vista constitucional-, a través de promover el concreto mecanismo del voto. Dado que los consejos de juventud tienen por objeto también la consolidación de la democracia, y que su conformación viene ordenada por la ley como que ha de hacerse mediante el mecanismo del voto, las previsiones legales aludidas dirigidas a estimular la participación electoral deben entenderse como viables en relación con las mencionadas elecciones juveniles. La naturaleza de estas elecciones es plenamente compatible con el reconocimiento de los estímulos electorales previstos en la Ley 403 de 1997, modificada por la Ley 815 de 2013, en aras de combatir el abstencionismo y forjar una cultura de participación democrática. Estima la Sala que la elección de los consejos de juventud es un mecanismo de participación de carácter electoral que se diferencia de los referendos, las consultas populares, los plebiscitos y las revocatorias de mandato, por cuanto no requiere un umbral mínimo de participación para su validez. Por tanto, la reiterada jurisprudencia constitucional que ha llevado a la proscripción de los estímulos electorales en los eventos en los que debe protegerse la abstención activa como medio de disenso, no le es aplicable.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 15 de septiembre de 2020, C.P. Germán Alberto Bula Escobar, radicación 11001-03-06-000-2020-00188-00 \(2452\).](#)

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

**Síntesis del caso:** *Se plantea conflicto de competencias negativo entre la Procuraduría General de la Nación y el Grupo de Control Interno Disciplinario de la Universidad del Cauca, con ocasión de escrito anónimo en el que se realizan unos señalamientos que recaen sobre el rector de ese cuerpo universitario, considerándose por la Sala que la competencia para dilucidar el tema recae en la primera de las mencionadas entidades en conflicto.*

**PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Competencia en materia disciplinaria / PODER DISCIPLINARIO PREFERENTE / 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:** “Se infiere que el propósito de la petición es que se verifique el proceder del rector de la Universidad frente a la información que le fue entregada previamente a la interposición de la queja. (...) Los hechos expuestos en la denuncia podrían involucrar o a otros funcionarios. En todo caso, será necesario valorar la conducta del rector porque es frente a él que se interpone la denuncia. (...) Según con lo indicado por la Procuraduría General y corroborado en el expediente remitido para la evaluación del conflicto, no existe recaudo probatorio que se hubiera aportado a la queja. De acuerdo con los aspectos antes anotados, podría señalarse que en la queja se hizo referencia, de manera expresa, al nombre y cargo de la persona en la Universidad pública respecto de la cual se solicita un control disciplinario, así como los hechos que habrían motivado las inconformidades. También podría indicarse que la petición tiene la naturaleza de queja, en la medida en que hace referencia a algunos hechos con el fin de que se constaten respecto de una persona determinada, y establecer si es procedente o no dar inicio a una actuación disciplinaria. 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. (...) [L]a Sala estima importante señalar que bien para inadmitir una queja, descartar o dar inicio a una indagación preliminar respecto de los hechos denunciados respecto del rector de la Universidad, es preciso que el funcionario investigador cuente con independencia y objetividad. Ahora bien, estos elementos no podrían garantizarse si el investigado ostenta una jerarquía mayor a la del funcionario investigador. (...) En el caso, por ejemplo, de encontrarse mérito para iniciar una indagación preliminar, si es lo que determina la autoridad competente, el titular de la acción disciplinaria, podría, en los términos indicados por el artículo 150 ibídem, hacer uso de los medios de prueba legalmente reconocidos, incluso oír en exposición libre al sujeto disciplinado. (...) Por las razones expuestas, la Sala considera que la Procuraduría General de la Nación (Regional Cauca) es la autoridad competente para conocer del trámite de queja anónima radicada con el núm. 018151 del 7 de diciembre de 2017.”

[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 \(C\).](#)

### 3. Autoridad competente para adelantar un proceso administrativo sancionatorio por presuntas faltas contra el patrimonio cultural de la Nación.

**Síntesis del caso:** *Se plantea conflicto positivo de competencias negativo entre la Nación, Ministerio de Cultura, y el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, como quiera que, al parecer, las dos autoridades -una del orden nacional y otra del orden distrital- adelantaban sendas actuaciones administrativas por los mismos hechos.*

**PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN – Obligación de protección por parte del Estado / PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN – Bienes que lo integran / BIENES DE INTERÉS CULTURAL / PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO – Pertenece exclusivamente a la Nación / ENTIDADES TERRITORIALES – Competencias y atribuciones en relación con su patrimonio cultural / DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS / INSTITUTO DE PATRIMONIO CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS - Funciones / BIENES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACIÓN – Competencias concurrentes / BIENES DE INTERÉS CULTURAL – Competencia para la regulación y vigilancia**

**Problema Jurídico:** *“[D]eterminar cuál es la autoridad competente para adelantar un proceso administrativo de carácter sancionatorio por la comisión de una supuesta falta contra el patrimonio cultural de la Nación, consistente en intervenir, sin autorización del Ministerio de Cultura, un inmueble ubicado en la zona de influencia de un bien de interés cultural del ámbito nacional (cementerio de Manga).”*

**Tesis:** “En este caso, las competencias se refieren a la función de investigar los comportamientos contrarios a las normas que protegen el patrimonio cultural, e imponer las sanciones correspondientes, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 10 de la Ley 1185 de 2008. Concretamente, recaen sobre la falta consistente en intervenir presuntamente, sin la previa autorización del Ministerio de Cultura, un inmueble ubicado en la zona de influencia de un bien de interés cultural del ámbito nacional, como es el cementerio de Manga, que es, al mismo tiempo, un bien de interés cultural del orden distrital. Ciertamente, los bienes inmuebles que han sido declarados como bienes de interés cultural de la Nación, o que se asimilan a esta clase (como sucede con los monumentos nacionales), se encuentran sometidos al régimen especial de protección establecido por el artículo 7 de la Ley 397 de 1997, modificado por el artículo 11 de la Ley 1185 de 2008, y le corresponde al Ministerio de Cultura autorizar las intervenciones sobre esta clase de bienes, incluyendo aquellos que son colindantes o se encuentran ubicados en su zona de influencia. Como ya se estableció, la Ley 397 de 1997 asigna al Ministerio de Cultura la función de proteger, administrar y vigilar los bienes de interés cultural del ámbito nacional, que forman parte, como ya se dijo, del patrimonio cultural de la Nación. Así entonces, no podría considerarse que la Ley 768 de 2002 y, más adelante, la 1617 de 2013, hayan

suprimido las funciones y atribuciones que el Ministerio de Cultura y otras entidades del orden nacional, como el Archivo General de la Nación (en relación con los bienes culturales de carácter documental y archivístico) y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH (con respecto a los objetos y zonas arqueológicas), tienen sobre los bienes de patrimonio cultural de la Nación ubicados en los distritos especiales. Sin embargo, las leyes que regulan a los distritos especiales les otorgan, también, en forma expresa, las mismas competencias y atribuciones para la protección de los bienes de interés cultural de la Nación, que las asignadas por la ley a las autoridades nacionales (entre ellas, el Ministerio de Cultura). En consecuencia, debe concluirse que las competencias del Ministerio de Cultura, otorgadas por la Ley 397 de 1997, y las de las autoridades de los distritos especiales, conferidas por las Leyes 768 de 2002 y 1617 de 2013, respecto de tales bienes, son concurrentes y deben cumplirse armónicamente, de acuerdo con el principio de colaboración. (...) como tal función no puede ser ejercida, al mismo tiempo, por las dos autoridades mencionadas, pues ello iría en contra de los principios de eficiencia, economía, eficacia y, también, del debido proceso administrativo (en relación con la garantía de *non bis in idem*), la Sala considera que debe ser cumplida por aquella autoridad que se encuentre más adelantada en la respectiva actuación, con el fin de proteger efectivamente y salvaguardar el patrimonio cultural de la Nación. En este caso, dicha autoridad es el Ministerio de Cultura, que dictó, primero, una medida cautelar, consistente en la suspensión de la obra que se ejecutaba en la zona de influencia del cementerio de Manga, y, luego, inició propiamente el proceso administrativo sancionatorio; mientras que el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias tan solo ha abierto una indagación preliminar, según lo que consta en el expediente de este conflicto.”

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Auto del 3 de agosto de 2020, C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación 11001-03-06-000-2020-00029-00 \(C\).](#)