

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

EDICIÓN

238

ENERO DE 2021

NORMAS ANULADAS
Y SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN
2020

EDICIÓN
ESPECIAL

#CEtrabajaencasa

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia

Consejo de Estado

Martha Nubia Velásquez Rico

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
Paula Johanna León Mora

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

Antonio José Sánchez David

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Jorge Eduardo González Correa

Natalia Rodrigo Bravo

Natalia Yadira Castilla Caro

Guillermo León Gómez Moreno

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Wadith Rodolfo Corredor Villate

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Derys Susana Villamizar Reales

Acciones Constitucionales

Pedro Javier Barrera Varela

Camilo Augusto Bayona Espejo

Juan Alejandro Suárez Salamanca

DISEÑO

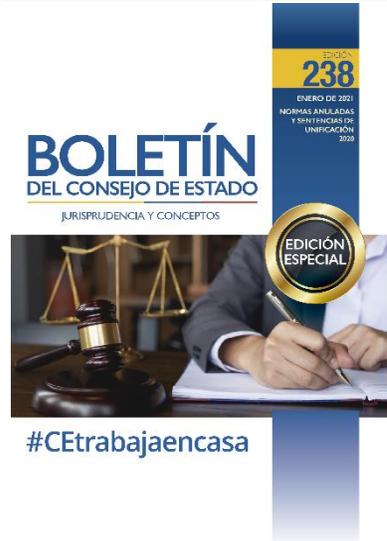
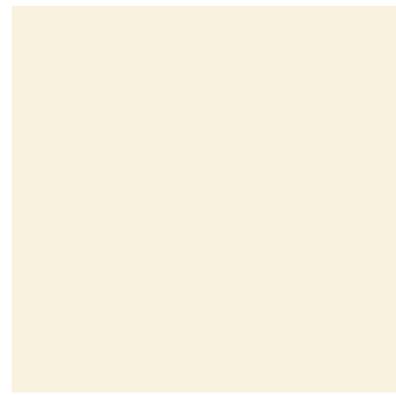
Oficina de Divulgación y Prensa

PUBLICACIÓN

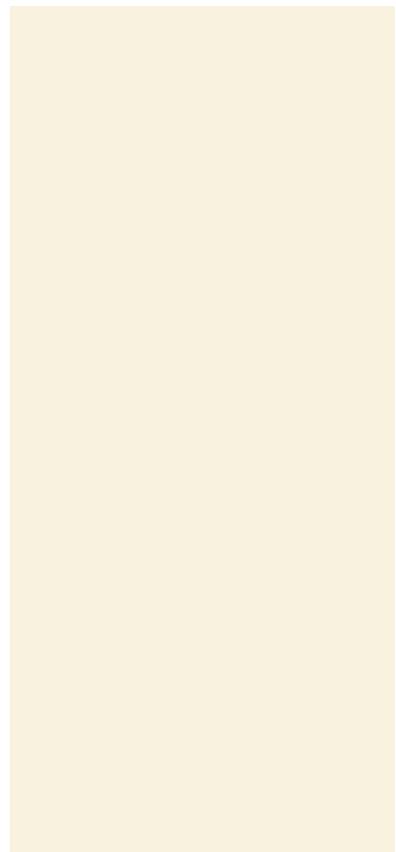
Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 238, enero 2021
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co

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



PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X



CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL	4
I. NORMAS ANULADAS.....	5
II. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	14
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	15
SECCIÓN SEGUNDA.....	20
SECCIÓN TERCERA.....	30
SECCIÓN CUARTA.....	41

EDITORIAL

El año 2020 trajo consigo multiplicidad de retos y cambios. Uno de ellos fue la potencialización de las tecnologías de la información y las comunicaciones que se pusieron al servicio de la administración de justicia y del dialogo fluido entre la judicatura y sus usuarios.

En este escenario, los mecanismos de divulgación y publicidad del trabajo y las nuevas teorías judiciales en la justicia administrativa cobran una mayor relevancia si su medio de difusión es digital.

Los boletines jurisprudenciales del Consejo de Estado constituyen un esfuerzo para mantener actualizados e informados a nuestros usuarios y a la comunidad jurídica del país acerca de las últimas decisiones de nuestras secciones y salas, de una manera fácil, eficiente y accesible a través de medios electrónicos desde cualquier lugar del país y del mundo.

Para esta ocasión, publicaremos una edición especial en la que se compilan todas las normas anuladas y sentencias de unificación proferidas o notificadas durante el año 2020, con temas de relevancia como la protección y restablecimiento de derechos e intereses colectivos a través de las acciones populares, la prescripción de la sanción moratoria en el régimen de cesantías anualizadas y el término de caducidad del medio de control de reparación directa por delitos de lesa humanidad, entre otros.

Este año, también promete modificaciones y mejoras respecto de las formas como desarrollamos nuestras labores como juez supremo de la administración y cuerpo supremo consultivo del Gobierno, una de las cuales será contar con un proceso de divulgación jurisprudencial más moderno y eficiente, que cumpla con las necesidades y requerimientos de información de los ciudadanos, la comunidad académica, los servidores y funcionarios judiciales, para la protección de sus derechos y el ejercicio de sus labores.

Finalmente, los invito a seguir consultando esta publicación mensual en la página web de la corporación o solicitando su suscripción y envío automático.

Marta Nubia Velásquez Rico

Presidente

I. NORMAS ANULADAS

SECCIÓN PRIMERA

1. El Acuerdo 105 de 1993, *“Por medio del cual se expide el Estatuto General de la Universidad del Cauca”*, emitido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca: La expresión *“quien será el Presidente de la Asociación de Exalumnos de la Universidad del Cauca”*, contenida en el literal f) del artículo 10.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de mayo de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2012-00101-00.](#)

2. 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.](#)

3. El Acuerdo 049 de 1998, *“Por medio del cual se aprueba el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial en lo que respecta a la atención de discapacidades de los niños hijos de los afiliados al SSMP”*, expedido por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional -CSSMP: El aparte *“[...] menores de 18 años”*, contenido en el artículo 2.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de abril de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2014-00097-00.](#)

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

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

5. El Decreto 170 de 2001, *“Por el cual se reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros”*, expedido por el Gobierno Nacional: El numeral 2 del artículo 50 y los numerales 3 y 5 del artículo 51.

El Decreto 172 de 2001, *“Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor de Pasajeros por Carretera”*, expedido por el Gobierno Nacional: El numeral 1 del artículo 30 y el numeral 2 del artículo 31.

El Decreto 174 de 2001, *“Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Especial”*, expedido por el Gobierno Nacional: El numeral 2 del artículo 40 y los numerales 3 y 5 del artículo 41.

El Decreto 175 de 2001, *“Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Mixto”*, expedido por el Gobierno Nacional: El numeral 2 del artículo 41 y los numerales 3 y 5 del artículo 42.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de noviembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00283-00.](#)

6. El Acuerdo 005 de 2004, *“Por medio del cual se establecen directrices parciales en materia de ordenamiento territorial y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Concejo del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de noviembre de 2019, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 47001-23-31-000-2004-01980-01.](#)

7. El Acuerdo 045 de 2004, *“Por el cual se determina el impuesto de delineación urbana en el sector suroriental de la ciudad, se precisa un concepto tributario, se reduce extensión de exención y se coordinan los servicios públicos domiciliarios con la planeación urbana”*, expedido por el Concejo de Medellín: El artículo 5.

El Decreto 1147 de 2005, *“Por medio del cual se reglamenta los requisitos para el recibo de obras de parcelación, urbanismo y construcción, certificado de permiso de ocupación y se establecen algunas sanciones”*, expedido por el alcalde de Medellín: Los artículos 8 y 9.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de mayo de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-23-31-000-2006-01065-01.](#)

8. El Decreto 383 de 2007, *“Por el cual se modifica el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Gobierno Nacional: La expresión “[...] practicaje [...]” contenida en el literal b del párrafo del numeral 4 del artículo 393-3

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de junio de 2020, C. P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2007-00194-00.](#)

9. 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 párrafo 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.](#)

10. 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](#)

11. El Acuerdo Superior 004 de 2007, “*Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad del Atlántico*”, expedido por el Consejo Superior de la Universidad del Atlántico: La expresión “*con un promedio igual o superior a 4.0 (cuatro puntos cero)*” contenida en los artículos 15 literal f), 20 literal e) y 38 literal c).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 9 de julio de 2020, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 08001-23-31-000-2009-00509-01.](#)

12. La Resolución 3422 de 2008 “*Por la cual se dictan normas relacionadas con el recaudo del cargo por concepto de combustible*”, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de abril de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2010-00243-00.](#)

13. El Acuerdo 011 de 2008, “*Por medio del cual se modifica el Acuerdo nro. 028 del 30 de diciembre de 2004, sobre las Juntas Administradoras Locales*”, expedido por el Concejo Municipal de Itagüí.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de mayo de 2020, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 05001-23-31-000-2009-01088-01.](#)

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

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

15. El Decreto 0102-04-2010 de 2010, “*Por medio del cual se modifica y excluye parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto 0591 de diciembre 30 de 2009*”, expedido por el Gobernador del Cauca.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de noviembre de 2019, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 19001-23-31-000-2010-00199-01.](#)

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

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

SECCIÓN SEGUNDA

1. El Decreto 1029 del 20 de mayo de 1994 *"Por el cual se emite el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional"*, expedido por el Ministerio de Defensa: parcialmente el artículo 53 que contenía los requisitos para acceder a la asignación de retiro.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 16 de abril de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2014-01107-00 \(3494-2014\).](#)

2. Nulidad parcial del Acuerdo 34 de 1998 *"Por el cual se modifican los acuerdos del 11 de enero de 1995 y número 1 del 26 de junio de 1996 sobre el trámite de cesantías parciales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, artículo 5, inciso 1.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 31 de octubre de 2019, C.P. César Palomino Cortés, radicación 11001-03-25-000-2016-00992-00\(4473-16\).](#)

3. El Acuerdo No. PSAA10-6837 de 2010 *"Por el cual se reglamentan los traslados de los servidores judiciales"* y los artículos décimo octavo y décimo noveno del Acuerdo PCSJA17-10754 de 2017 *"Por el cual se compilan los reglamentos de traslados de los servidores judiciales y se dictan otras disposiciones en la materia"*, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

[Consejo de Estado. Sección Segunda, sentencia de 24 de abril de 2020, C.P. César Palomino Cortés, radicación 11001-03-25-000-2015-01080-00 ¹\(4748-15\)](#)

4. La Resolución 000571 del 7 de marzo de 2013, *«Por medio de la cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos del personal administrativo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC»*, proferida por el director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC: parcialmente la expresión «expedición» contenida en el artículo 7.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 30 de abril de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2014-00675-00 \(2084-2014\).](#)

5. El Decreto 1075 de 26 de mayo de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único*

¹ Se encuentran acumulados a este proceso los expedientes radicados 11001-0325-000-2017-00512-00 (2377-2017) y 11001-0325-000-2017-00871-00 (3298-201).

Reglamentario del Sector Educación", expedido por el Ministerio de Educación Nacional: parcialmente el inciso cuarto del artículo 2.4.1.1.7.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 26 de marzo de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2016-01159-00 \(5211-2016\).](#)

6. El Acuerdo 540 del 2 de julio de 2015 «*Por el cual se convoca a Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente los Empleos vacantes pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa de la Superintendencia de Sociedades, Convocatoria N.º 329 de 2015*», expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil: parcialmente la expresión «por alguna» contenida en el numeral 5 del artículo 9.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 14 de mayo de 2020, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2015-00997-00 \(4252-2015\).](#)

7. El Memorando OTH 20153119026 de 26 de mayo de 2015 "*Por medio del cual se [conciertan] [los] compromisos laborales prueba piloto evaluación de desempeño funcionarios en provisionalidad*", expedido por la Jefe de la Oficina de Talento Humano de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca –CAR.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 6 de febrero de 2019, C.P. César Palomino Cortés, radicación 11001-03-25-000-2016-00040-00\(0112-16\).](#)

8. La Circular 01 del 23 de julio de 2015, código 21000, por la cual se fijaron los criterios para la asignación de puntajes y el reconocimiento de bonificaciones al interior de la Universidad Francisco de Paula Santander: parcialmente el numeral 1.2 Reconocimiento por Libros (investigación, texto, ensayo), subnumeral «4. Certificación de Vicerrectoría de Investigaciones en donde conste que la investigación fue avalada por el Comité Central de Investigación mediante acta».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 28 de mayo de 2020, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 54001-23-33-000-2015-00513-01\(0519-17\).](#)

9. Resolución 02457 de 2016, "*Por medio del cual se adopta el sistema de evaluación del desempeño laboral contenido en la Resolución 02456 de 2016, para la evaluación de los servidores vinculados a través de nombramientos en provisionalidad*"; expedida por la Fiscalía General de la Nación.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 24 de abril de 2020, C.P. César Palomino Cortés, radicación 11001-03-25-000-2017-00281-00\(1363-17\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. La Ordenanza 015 del 28 de noviembre de 1986, "*Por medio de la cual se ordena la emisión de la Estampilla Pro desarrollo Departamental y se dictan unas disposiciones*", expedida por la

Asamblea del departamento de Quindío: del artículo 5, las expresiones “y/o Municipal”, del literal a); y “Administraciones Municipales” y “o Municipal”, del literal b) del numeral 4.

La Ordenanza 0031 del 2 de diciembre de 2004, “Por medio de la cual se reglamenta el uso de la Estampilla Pro desarrollo Departamental, se dictan y se derogan unas disposiciones”, expedida por la Asamblea del departamento de Quindío: del artículo 3 las expresiones “y Municipal” del literal a); y “Alcaldías, Corregidurías y demás oficinas del orden Municipal o sus entidades descentralizadas” del literal b); y del artículo 4 las expresiones “Municipal” “y municipal” del numeral 8.2; “Administraciones Municipales” y “o Municipal” del numeral 8.5; y “Administraciones Municipales” y “o Municipal” del numeral 8.9.

La Ordenanza 00005 del 4 de abril de 2005, “Por medio de la cual se reglamenta el uso de la Estampilla Pro Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios y se dictan y se derogan unas disposiciones”, expedida por la Asamblea del departamento de Quindío: el artículo 10.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de mayo de 2020, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 63001-23-33-000-2015-00216-01 \(23333\)](#)

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

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

3. La Ordenanza 12 del 29 de abril de 1997, expedida por la Asamblea del departamento de Bolívar: las expresiones “autorízase al gobernador del Departamento de Bolívar, para que determine por decreto las características y tarifas y denominaciones de dicha estampilla”, contenida en el artículo 3°; “y/o los nuevos mecanismos tecnológicos de recaudo que se implanten”, contenida en el artículo 5°; y “en sus distintas”, del artículo décimo primero.

La Ordenanza 11 del 19 de agosto de 2006, expedida por la Asamblea del departamento de Bolívar: las expresiones “y/o los nuevos mecanismos tecnológicos de recaudo que se implante”, contenida en el artículo 77; y “en sus distintas”, del artículo 79.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de abril de 2020, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 13001-23-31-000-2007-00346-03 \(22674\)](#).

4. La Ordenanza 144 de 2001, “Por medio de la cual se crea la contribución para el Deporte, la Recreación y el Aprovechamiento del Tiempo Libre”, expedida por la Asamblea del departamento del Valle del Cauca.

La Ordenanza 301 de 2009, “Por medio de la cual se establece el Estatuto Tributario Departamental”, expedida por la Asamblea del departamento del Valle del Cauca: los artículos 160 a 170.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 30 de julio de 2020, C. P. \(E\) Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 76001-23-33-000-2016-00199-01 \(24117\)](#).

5. La Circular 040 del 4 de octubre de 2004, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN: la expresión «*En consecuencia, no existen términos independientes para quienes obren en calidad de litisconsortes en relación con el proceso de determinación de impuestos e imposición de sanciones*».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de marzo de 2020, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2014-00193-00 \(21565\)](#)

6. La Ordenanza 00005 del 4 de abril de 2005, “*Por medio de la cual se reglamenta el uso de la Estampilla Prohospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios y se dictan otras disposiciones y se derogan unas disposiciones*”, expedida por la Asamblea del departamento de Quindío: el numeral 5 del literal c) del artículo 4 y los numerales 4, 5.4 y 8.15 del artículo 5.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de abril de 2020, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 63001-23-33-000-2015-00349-01 \(23273\)](#).

7. El Concepto 081582 del 19 de octubre de 2011, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN): la tesis jurídica contenida en el numeral 4.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 25 de junio de 2020, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2017-00028-00 \(23221\)](#)

8. La Ordenanza 330 del 23 de diciembre de 2011, “*Por la cual se compilan las normas tributarias y se establece el estatuto de rentas departamentales*”, expedida por la Asamblea del departamento de La Guajira: Los artículos 276, 278, 282 y 285 y sus respectivas modificaciones contenidas en los artículos 1, 4 y 7 de la Ordenanza 336 de 2012, proferida por la misma entidad.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 8 de octubre de 2020, C. P. \(E\) Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 44001-23-31-000-2012-00072-02 \(22687\)](#).

9. 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 \(19894\)](#)

10. La Ordenanza 024 del 22 de octubre de 2012, “*Por medio de la cual se establece la condonación en materia de impuestos sobre vehículos automotores*”, expedida por la Asamblea del departamento de Antioquia: Los artículos 1 y 6 en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 9 de julio de 2020, C. P. Milton Chaves García, radicación: 05001-23-33-000-2015-00361-01](#)

(24218)

11. El Oficio 76737 del 10 de diciembre de 2012, expedido por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de septiembre de 2020, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2019-00018-00 \(24536\)](#)

12. El Decreto 1794 del 21 de agosto de 2013, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1607 de 2012": las expresiones "al interior de las instalaciones del contratante" y "sin que se genere contraprestación alguna por parte del consumidor de dichos alimentos y bebidas", contenidas en el artículo 14.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 26 de febrero de 2020, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 11001-03-27-000-2017-00030-00 \(23254\)](#)

13. La Ordenanza 077 del 23 de diciembre de 2014, "Por medio de la cual se expide el Estatuto Tributario del Departamento de Santander", expedida por la Asamblea del mismo departamento: los artículos 321 a 332.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 29 de abril de 2020, C. P. \(E\) Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 68001-23-33-000-2017-00610-02 \(24462\)](#)

14. La Ordenanza 077 del 23 de diciembre de 2014, "Por medio de la cual se expide el Estatuto Tributario del Departamento de Santander", expedida por la Asamblea del mismo departamento: Los numerales 5 y 16 del artículo 230 y 25 del artículo 246, en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 20 de agosto de 2020, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2016-01027-01 \(24996\)](#)

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

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

16. El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, "Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario en materia tributaria", expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: parcialmente el artículo 1.2.1.12.9, adicionado a ese cuerpo normativo por el artículo 3 del Decreto 2250 de 2017.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de febrero de 2020, C. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 11001-03-27-000-2018-](#)

[00047-00 \(24125\)](#)

17. El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria: Las expresiones "19-4" y "1.2.1.5.2.1" contenidas en el artículo 1.2.1.5.4.9, sustituido por el artículo 2 del Decreto 2150 de 2017.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 30 de julio de 2020, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2018-00014-00 \(23692\)](#)

SECCIÓN QUINTA

1. El Decreto 1817 del 15 de septiembre de 2015, expedido por el Presidente de la República *"Por el cual se adiciona el Decreto 1083 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública, en lo relacionado con el nombramiento y remoción del Superintendente de Industria y Comercio, del Superintendente Financiero y del Superintendente de Sociedades"*, en varios apartes del artículo primero en lo que respecta a los artículos 2.2.34.1.5., 2.2.34.1.6. y 2.2.34.1.7. del decreto 1083, los cuales se anulan en su totalidad. Igualmente, se declaró la nulidad de la expresión *"para el respectivo período presidencial"*, contenida en el artículo 2.2.34.1.4. del decreto anteriormente mencionado.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 14 de mayo de 2020, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 111001-03-24-000-2015-00542-00. \(Ver página 77 de este boletín\).](#)

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

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 6 de febrero de 2020, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2019-00032-00. \(Ver página 69 de este Boletín\).](#)

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

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

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

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

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

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

ejercicio de su actividad contractual puede celebrar diferentes tipos de contratos, sin que cada uno de ellos pierdan su identidad, pues uno es el objeto social o actividad principal de la entidad, y otra, se repite, su actividad contractual”.

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

Tesis 2: “[L]os contratos de exploración y explotación, comercialización e industrialización de recursos naturales renovables y no renovables, son típicos y tienen ciertas particularidades que los distinguen del contrato de obra pública objeto del tributo. En efecto, de acuerdo con las regulaciones contenidas en el Código de Petróleos, de Minas y en algunas disposiciones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, se encuentra que el contrato de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables tiene por objeto, fundamentalmente, la asignación de un área, para efectos y como su nombre lo indica determinar aspectos como la existencia, ubicación, reservas, calidad, etc., de los recursos naturales, y el posterior desarrollo, producción y venta de los recursos encontrados. El citado contrato no tiene el propósito de realizar actividades materiales para construir, reparar o mejorar ciertos bienes –como los contratos de obra pública–, sino que su finalidad es la de determinar la existencia, ubicación, calidad, reservas, extracción, producción, y comercialización de

recursos naturales, previa asignación de un área territorial. De modo que, se trata de tipologías contractuales distintas y plenamente identificables por sus características propias, que permiten establecer que el contrato referido en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993 no es el mismo contrato de obra pública gravado con la contribución y, por esa razón, no se subsume dentro del ámbito del hecho generador dispuesto en la ley. Algo semejante puede decirse respecto de las actividades que están delimitadas por la producción, venta, etc., de los recursos respectivos. Adicionalmente, no puede perderse de vista que el hecho gravado del tributo es un contrato específico: el contrato de obra pública, de donde se sigue, que para establecer si se causa o no el tributo, lo que debe examinarse es el objeto del contrato que se celebra con la entidad de derecho

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

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

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

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

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

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

Tesis 1: “[L]as acciones populares no son el medio judicial idóneo para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños derivados de la acción u omisión de las autoridades públicas o de

particulares, y que el objetivo exclusivo de la condena económica es la restauración del bien o interés afectado. (...) [E]s imperativo acreditar el daño irrogado al derecho o interés colectivo, bajo el entendido de que la medida de reparación no resulta procedente cuando la acción popular se dirige a prevenir o hacer cesar una amenaza o peligro. (...), [L]a imposición de una medida pecuniaria debe estar precedida de un daño cierto, imposible de ser restablecido por vía de una orden de hacer o no hacer.

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

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

Tesis 2: "[L]a respuesta a los dos cuestionamientos es negativa. (...) [L]as acciones de protección deben estar dirigidas únicamente a hacer cesar la vulneración del derecho colectivo, a prevenir su violación o a restituir las cosas al estado anterior. (...) Los casos que se analizan en este acápite plantearon una misma problemática. En estos se demostró que los proyectos inmobiliarios en los que se ubicaban las viviendas de propiedad de los accionantes presentaban fallas estructurales y/o contravenían la normativa ambiental, lo cual imposibilitaba su habitabilidad, por comportar un riesgo para la seguridad, la salud o la vida de los moradores. (...) [E]ra claro que algunos derechos colectivos como el goce de un ambiente sano, la seguridad y salubridad públicas, la prevención de desastres previsibles y el derecho a tener construcciones que beneficien la calidad de vida de los habitantes -consagrados en la Ley 472 de 1998- se encontraban en riesgo, lo cual

resultaba suficiente para tramitar la acción popular. Advertida la amenaza al interés colectivo, le competía al juzgador determinar quién era el responsable de crear la situación perjudicial e implementar las medidas necesarias para prevenir la materialización del daño contingente o para hacer cesar o restituir el que ya estuviere consumado. En lo que concierne a los actores de la conducta lesiva, la responsabilidad apuntaba a los encargados de aprobar y realizar las construcciones, si se tiene en cuenta que el estado de peligro surgió debido a las deficiencias reportadas en la estructura y estabilidad de las viviendas, así como a los problemas de contaminación en el sector. Frente a las órdenes de protección conducentes y pertinentes para evitar la concreción del riesgo, procedían todas aquellas encaminadas a garantizar la seguridad, la vida, la salud y la integridad física de los habitantes, y a mejorar las condiciones medioambientales de la zona, incluida la imposición de condenas, pero con la única finalidad de lograr el restablecimiento de los derechos e interés amenazados. En ese escenario, algunas medidas de amparo convenientes para hacer cesar el peligro comprendían la realización de trabajos de adecuación y estabilización de las viviendas, labores de saneamiento y mantenimiento de las zonas aledañas para mitigar las filtraciones o erradicar los focos de contaminación, o la reubicación de los residentes de los inmuebles afectados, por solo nombrar algunos ejemplos. Sin embargo, las órdenes de extinción o suspensión de créditos hipotecarios, lejos de erradicar o mermar la amenaza por el mal estado de los inmuebles y del ecosistema, persiguió la protección de intereses individuales, subjetivos y con contenido económico, aspectos todos estos ajenos a las finalidades de la acción popular. Ciertamente, las personas que celebraron contratos de mutuo para financiar sus viviendas, aun cuando reunidas conforman un grupo, no se convierten per se en titulares de un derecho o interés colectivo. Sus relaciones contractuales con los entes del sistema financiero son independientes e individuales, por ende, las controversias que surgen en virtud de los créditos solo conciernen a los contratantes, pero carecen de la potencialidad de beneficiar o damnificar a los demás deudores y, menos aún, a la colectividad que adquirió unidades habitacionales en los proyectos de construcción con otros medios de financiación. (...) En aras de unificar el criterio jurisprudencial de la Corporación en el tema bajo estudio, se dicta la siguiente pauta: Las órdenes para la protección o restablecimiento de los derechos e intereses colectivos que se profieran en los procesos de acciones populares deben guardar relación con la causa petendi de la demanda y atacar la fuente de la amenaza o vulneración del derecho o interés colectivo. En ningún caso pueden estar dirigidas a garantizar, salvaguardar o restituir derechos o intereses particulares, subjetivos o de contenido pecuniario, como aquellos relacionados con la ejecución de contratos de mutuo celebrados entre particulares y establecimientos de crédito para la financiación de bienes inmuebles aquejados por fallas estructurales, de estabilidad o por contaminación ambiental."

Salvamento de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto

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

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

Tesis: “Considero que al momento de expedirse el fallo objeto de revisión (7 de mayo de 2012), no existía sentencia de unificación², tampoco jurisprudencia reiterada de esta Corporación, a la que se debiera sujetar el juez popular para decidir la acción constitucional de la referencia, en relación con la «suspensión del cobro de créditos hipotecarios o de procesos judiciales cursantes en virtud de los mismos», como medida de protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios en los casos en que se concluye el favorecimiento de las entidades que financian programas de viviendas construidas en terrenos no aptos y de créditos para adquirirlas, así como el detrimento patrimonial causado por tal adquisición. (...) Observo que la sentencia respecto de la cual presento este salvamento de voto no se ajusta en un todo al marco jurídico de análisis delimitado en el auto del 9 de abril de 2015 (...) considero que la suspensión de créditos hipotecarios, decretada en la sentencia del 7 de mayo de 2012 (seleccionada para revisión), está sustentada en las pruebas aportadas al expediente, conforme

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

SECCIÓN SEGUNDA

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

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

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

Problema Jurídico: *¿La servidora pública, perteneciente al personal civil, incorporada a la Planta Global del Ministerio de Defensa –Dirección de Sanidad Militar– como consecuencia de la supresión del Instituto Nacional de Salud, tiene derecho al reajuste de su asignación básica de acuerdo con el régimen salarial previsto para la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional?*

Tesis: "Primero: Sentar jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el régimen salarial y prestacional del personal civil vinculado al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporó a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional –Dirección General de Sanidad Militar. Con este fin, se establece lo siguiente: Entre la vigencia del Decreto 1301 de 1994 y de la Ley 352 de 1997, aplican las siguientes reglas: 1. En materia salarial: Los empleados públicos vinculados e incorporados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, se regían por las normas establecidas por el Gobierno Nacional para los servidores de los establecimientos públicos del orden nacional. Por lo tanto, como quiera que estaban vinculados a un órgano del nivel descentralizado no se regían por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional. 2. En materia de Seguridad Social Integral el régimen aplicable era el previsto en la Ley 100 de 1993 para los empleados públicos que se vincularan al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional. En lo relativo a las demás prestaciones les aplicaba el Decreto 2701 de 1988 y normas que lo modificaron o adicionaron. Los empleados públicos

vinculados al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que se incorporaron al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, continuaron cobijados por el Decreto 1214 de 1990. A partir de la vigencia de la Ley 352 de 1997 los empleados públicos que antes prestaban sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y que fueron incorporados a la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional, dejaron de pertenecer al sector descentralizado, y para ellos aplican las siguientes reglas: 1. En materia salarial los empleados públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que fueron incorporados a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa quedaron sometidos al régimen salarial previsto para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional (Artículo 3 Num.6 Decreto 3062 de 1997). 2. En materia prestacional los empleados públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares incorporados a la planta de personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional y que se hubieran vinculado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se les aplicará en su integridad el Decreto 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen. Al personal vinculado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 se les aplicará dicha normativa. En lo no contemplado en materia prestacional en la Ley 100 de 1993 se les aplicará el Título VI del Decreto 1214 de 1990 (Parágrafo artículo 55 de la Ley 352 de 1997). Con la Ley 1033 de 2006 se unificó el régimen de administración de personal que se

aplica al personal civil vinculado a los Organismos y Dependencias del Sector Defensa. Por ello, los empleos públicos del personal civil y no uniformado asignados a la Dirección General de Sanidad Militar pertenecen a la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional, a quienes se les aplican las siguientes reglas: 1. A partir de la entrada en vigencia del Decreto Ley 92 de 2007 se reajustaron las plantas de personal, se establecieron las equivalencias y se fijaron los sueldos con fundamento en la nomenclatura y clasificación especial, por ello, los sueldos de los empleados civiles no uniformados del sector Defensa se empezaron a pagar con base en la nueva nomenclatura. Los empleados civiles no uniformados del sector Defensa vinculados a la Planta de Personal del Ministerio de Defensa Nacional –Dirección General de Sanidad Militar– debieron continuar percibiendo la remuneración correspondiente a los empleos que desempeñaban a la entrada en vigencia del Decreto 4783 de 2008 *mientras ocupen* el cargo en el que fueron incorporados. 2. En el momento en el que el empleado ocupó el cargo al que fue incorporado por

disposición del Decreto 4783 de 2008, de acuerdo con la nomenclatura y clasificación especial para los empleados civiles no uniformados del sector Defensa, empezó a devengar la asignación básica fijada por el Gobierno Nacional para los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional. Lo que quiere decir que mientras se produjo la incorporación en el cargo equivalente en la planta global del sector Defensa, de acuerdo con el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos, el servidor debió continuar percibiendo la remuneración correspondiente al empleo que desempeñaba, esto es, según el régimen salarial fijado por el Gobierno para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Efectuada la incorporación al cargo equivalente en la planta global del Ministerio de Defensa Nacional, el empleado queda sometido a la escala de asignación básica fijada por el Gobierno Nacional para los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional. 3. En materia prestacional la Ley 1033 de 2006 no introdujo ninguna modificación, por lo tanto, se mantiene el régimen prestacional fijado en la Ley 352 de 1997.”

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

2. La Sección Segunda mediante sentencia de unificación estableció como se determina el ingreso base de liquidación de la pensión, que en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, sea reconocida al servidor público de la Contraloría General de la Nación en aplicación del Decreto de 929 de 1976.

Síntesis del caso: *Cajanal reconoció la pensión de jubilación a una empleada pública de la Contraloría General de la Nación, beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, con los requisitos de edad, tiempo de servicio y tasa de retorno en aplicación del Decreto 929 de 1976, pero la liquidó conforme a los lineamientos de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Reglamentario 1158 de 1994. Por lo anterior, solicitó se aplicara integralmente el régimen especial y se reconociera con el 75% del promedio de salarios devengados durante el último semestre, incluyendo la totalidad de factores, petición que no fue atendida por la administración.*

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS SERVIDORES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Problema Jurídico: *¿Cómo se determina el ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas a los ex servidores de la Contraloría General de la República conforme al Decreto 929 de 1976, en virtud de la transición de la Ley 100 de 1993?*

Tesis: “El ingreso base de liquidación de las pensiones reconocidas con los requisitos del Decreto 929 de 1976 en virtud del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en cuanto a periodo corresponde a las variables previstas en

los artículos 21 y 36 de esta norma; y respecto a los factores, atenderá la regla de cotización contemplada en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994.(...) Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la inaplicación de esta sentencia. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en tesis anteriores que sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, las cuales replanteó la Sala Plena, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer recurso extraordinario de revisión contra sentencia ejecutoriada que haya reconocido la pensión con fundamento en jurisprudencia diferente a la *ratio decidendi* aquí expuesta, prevalecerá el carácter de cosa juzgada. Lo anterior, no enerva el recurso por los eventos previstos en los artículos 250 del CPACA, y 20 de la Ley 797 de 2003, según el caso.(...) el reconocimiento de la pensión de la demandante se ajustó a derecho, porque al ser beneficiaria del

régimen de transición, adquirió el estatus pensional al cumplir la edad y el tiempo de servicios previsto en el Decreto 929 de 1976, y el monto de su pensión corresponde al 75% (tasa de remplazo) sobre un ingreso de liquidación IBL equivalente al «*promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.[...]*» Esta situación, desde luego supuso para la demandante una condición más favorable porque le permitió pensionarse con fundamento en una norma anterior a la edad de 50 años, menos de los 55 requeridos en su momento por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. (...) la Sala concluye que no procedía la reliquidación pensional ordenada en la primera instancia tomando como ingreso base de liquidación la totalidad de los factores devengados en el último semestre de servicios, incluyendo aquellos sobre los que no se realizaron los aportes al Sistema. En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda sin consideración adicional.”

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS SERVIDORES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - Aplicación de las reglas con efectos *ex nunc* / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA/ PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / PRINCIPIO DE IGUALDAD / SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Problema jurídico: *¿La aplicación de las reglas que fija una sentencia de unificación debe tener carácter retrospectivo?*

Tesis: “A diferencia de la postura asumida por la mayoría de los integrantes de la Sala, con el debido respeto considero que las reglas anteriormente transcritas solamente deben aplicarse con efectos *ex nunc*, a aquellos casos que llegaren a someterse al conocimiento de esta jurisdicción con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, con el propósito de salvaguardar los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad. Si bien los cambios de jurisprudencia son totalmente admisibles en el sistema jurídico colombiano por la necesidad de evitar que el derecho deje de cumplir la función que le es inherente como instrumento de regulación y armonización de la vida en sociedad, lo cierto es que los cambios abruptos de jurisprudencia que vienen a variar de manera sorpresiva las líneas de decisión que han venido aplicándose desde antaño de manera uniforme,

estable y sostenida, no pueden defraudar las expectativas legítimas de los administrados, generadas a partir de esas líneas de decisión, toda vez que su reiterada aplicación en casos idénticos constituye razón más que suficiente para esperar la aplicación igualitaria de los mismos discernimientos e interpretaciones plasmados en forma repetitiva e insistente en las decisiones judiciales, a menos, claro está, que la nueva lectura que hagan los jueces de las normas, resulte mucho más favorable y beneficiosa para los administrados o menos restrictiva de sus derechos, especialmente en tratándose de asuntos de índole laboral, en donde el principio de progresividad y la prohibición de no regresividad de los derechos sociales, son parámetros ineluctables que están llamados a orientar el sentido de las decisiones judiciales. (...)Por todo lo anterior, considero que el precedente que ahora se fija no debería aplicarse a los procesos que están en curso en las distintas instancias de nuestra jurisdicción, pues la decisión de aplicar en forma retrospectiva esa

regla de unificación a los procesos judiciales que se encuentran en curso, no tiene el respaldo de una razón que lo justifique y además puede dar

lugar al quebrantamiento del derecho a la igualdad.”

Salvamento parcial de voto del consejero Gabriel Valbuena Hernández

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS SERVIDORES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - Aplicación de las reglas con efectos *ex nunc* / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA/ PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / PRINCIPIO DE IGUALDAD / SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Problema jurídico: *¿La aplicación de las reglas que fija una sentencia de unificación debe tener carácter retrospectivo?*

Tesis: “A diferencia de la postura asumida por la mayoría de los integrantes de la Sala, con el debido respeto considero que las reglas anteriormente transcritas solamente deben aplicarse con efectos *ex nunc*, a aquellos casos que llegaren a someterse al conocimiento de esta jurisdicción con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, con el propósito de salvaguardar los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad. Si bien los cambios de jurisprudencia son totalmente admisibles en el sistema jurídico colombiano por la necesidad de evitar que el derecho deje de cumplir la función que le es inherente como instrumento de regulación y armonización de la vida en sociedad, lo cierto es que los cambios abruptos de jurisprudencia que vienen a variar de manera sorpresiva las líneas de decisión que han venido aplicándose desde antaño de manera uniforme, estable y sostenida, no pueden defraudar las expectativas legítimas de los administrados,

generadas a partir de esas líneas de decisión, toda vez que su reiterada aplicación en casos idénticos constituye razón más que suficiente para esperar la aplicación igualitaria de los mismos discernimientos e interpretaciones plasmados en forma repetitiva e insistente en las decisiones judiciales, a menos, claro está, que la nueva lectura que hagan los jueces de las normas, resulte mucho más favorable y beneficiosa para los administrados o menos restrictiva de sus derechos, especialmente en tratándose de asuntos de índole laboral, en donde el principio de progresividad y la prohibición de no regresividad de los derechos sociales, son parámetros ineluctables que están llamados a orientar el sentido de las decisiones judiciales. (...)Por todo lo anterior, considero que el precedente que ahora se fija no debería aplicarse a los procesos que están en curso en las distintas instancias de nuestra jurisdicción, pues la decisión de aplicar en forma retrospectiva esa regla de unificación a los procesos judiciales que se encuentran en curso, no tiene el respaldo de una razón que lo justifique y además puede dar lugar al quebrantamiento del derecho a la igualdad.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, Sentencia de unificación de 11 de junio de 2020, radicación 05001-23-33-000-2012-00572-01\(1882-14\) CE-SUJ-SII-020-20. AV del consejero Carmelo Perdomo Cuéter y SPV del consejero Gabriel Valbuena Hernández.](#)

3. La Sección Segunda mediante sentencia de unificación establece las reglas de reconocimiento de la pensión de jubilación al servidor de la Rama Judicial o del Ministerio Público, que como beneficiario del régimen de transición, se regula por Decreto 546 de 1971.

Síntesis del caso: *Colpensiones reconoció la pensión de jubilación a una Magistrada de Tribunal, aplicando el Decreto 546 de 1971 en cuanto edad, las semanas de cotización, y el monto definido como la tasa de reemplazo, pero el ingreso base de liquidación con el salario percibido en los últimos 10 años de labor, acorde con lo estipulado por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. Decisión que fue objeto de apelación por considerar que se debe liquidar con el 75% de la asignación más elevada del último año de servicios, como lo regula el artículo 6 del Decreto precitado y con la inclusión de los factores salariales consagrados en el artículo 12 del Decreto 717 de 1978. El ente provisional no accede a su requerimiento.*

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN- Reglas / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN- Determinación / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Efecto

Problema Jurídico: ¿"Cómo se establece el Ingreso Base de Liquidación (periodo de liquidación y factores a incluir) de las pensiones de los servidores y ex servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público regulados por el Decreto 546 de 1971, que causaron su derecho en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.?"

Tesis: "El funcionario o empleado de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 adquiere el derecho a la pensión de jubilación, siempre que se acrediten los siguientes presupuestos: i) Para el 1.º de abril de 1994, cuando cobró vigencia la Ley 100 de 1993 en el ámbito nacional o para el 30 de junio de 1995 cuando empezó a regir en el ámbito territorial, tenga: **a)** 40 años de edad si es hombre, 35 años de edad si es mujer o, **b)** 15 años o más de servicios efectivamente cotizados. ii) Reúna además los requerimientos propios del régimen de la Rama Judicial y del Ministerio Público estipulados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 para consolidar el estatus pensional que son: **a)** el cumplimiento de la edad de 50 años si es mujer, o de 55 años si es hombre; **b)** el tiempo de 20 años de servicios, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto, que tuvo lugar el 16 de julio de 1971; **c)** de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo debieron ser exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades. iii) Por tanto, esa pensión se le debe reconocer con los elementos del régimen anterior consagrados en el artículo 6.º del Decreto 546 de 1971 que son: **a)** la edad de 50 años si es mujer, de 55 años si es hombre; **b)** el tiempo de servicios de 20 años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de dicho decreto; **c)** de esos 20 años de servicio, por lo menos 10 años lo debieron ser exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público, o a ambas actividades; **d)** la tasa de reemplazo del 75%, **e)** el ingreso base de liquidación de que tratan los artículos 21 y 36, inciso 3.º, de la Ley 100 de 1993, según el caso, es decir, si le faltare más de 10 años, será el promedio de los salarios o rentas sobre los

cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión actualizados anualmente con base en la IPC certificado por el DANE, si faltare **menos** de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será: (i) El promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) El cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior actualizado anualmente con base en IPC certificado por el DANE; y **con los factores de liquidación** contemplados por el artículo 1.º del Decreto 1158 de 1994 **al igual que** por los artículos 14 de la Ley 4ª. de 1992 con la modificación de la Ley 332 de 1996; 1.º del Decreto 610 de 1998; 1.º del Decreto 1102 de 2012; 1.º del Decreto 2460 de 2006; 1.º del Decreto 3900 de 2008; y 1.º del Decreto 383 de 2013, según se trate de magistrados o empleados de la Rama Judicial o del Ministerio Público, siempre que respecto de ellos se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.(...) Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la inaplicación de esta sentencia.(...)No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en tesis anteriores que sostuvo la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cuales replanteó la Sala Plena, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer recurso extraordinario de revisión contra sentencia ejecutoriada que haya reconocido la pensión con fundamento en jurisprudencia diferente a la *ratio decidendi* aquí expuesta, prevalecerá el carácter de cosa juzgada, sin perjuicio de lo previsto en las causales de revisión reguladas en el artículo 250 del CPACA."

Aclaración de voto de la consejera Sandra Lisseth Ibarra Vélez**EFFECTO DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN - No limita el ejercicio del recurso extraordinario de revisión o de revisión especial / ACLARACIÓN DE VOTO**

Problema jurídico: ¿Cuál es efecto de la sentencia de unificación?

Tesis: "Respetuosa de las decisiones mayoritarias tomadas por la sección, me permito aclarar mi voto a la sentencia de unificación de la referencia, en

relación con los efectos, por lo que expondré con brevedad y precisión.(...) en cuanto al recurso extraordinario de revisión y a la acción especial de revisión de que trata el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, también ha sido el legislador el creador de los eventos en los cuales una sentencia que hizo tránsito

a cosa juzgada puede ser infirmada al advertirse su ilegalidad, reitero, solo por las causales taxativas y excepcionales fijadas en virtud de su autonomía. De esta manera resulta obvio que una regla jurisprudencial no puede constituirse en una causal de revisión de una sentencia, y para tal afirmación basta con tener claro que las causales de revisión constituyen un asunto o una materia de estricta reserva legal, no en vano se instrumentan en normas impersonales y abstractas de contenido adjetivo; siendo inocuo e ineficaz decir lo contrario en una sentencia de unificación, cuya parte vinculante

estrictamente se liga al caso juzgado, y a su *ratio decidendi*. En conclusión, considero que al margen de la fuente o la regla que fundamentó el reconocimiento de un derecho a través de un acto administrativo o mediante una sentencia, en modo alguno puede limitarse vía jurisprudencial la posibilidad de revisar la legalidad de ambas situaciones. Cosa distinta es que el amparo de la norma jurídica (en sentido amplio) vigente al momento de expedirse el acto o el fallo, condicione el resultado del proceso o la decisión del recurso, aspecto que no atañe a la tarea de la sección cuando unifica su jurisprudencia.”

Salvamento parcial de voto del consejero Gabriel Valbuena Hernández

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN- Aplicación de las reglas con efectos *ex nunc* / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / PRINCIPIO DE IGUALDAD /SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Problema jurídico: *¿La aplicación de las reglas que fija una sentencia de unificación debe tener carácter retrospectivo?*

Tesis: “A diferencia de la postura asumida por la mayoría de los integrantes de la Sala, con el debido respeto considero que las reglas anteriormente transcritas solamente deben aplicarse con efectos *ex nunc*, a aquellos casos que llegaren a someterse al conocimiento de esta jurisdicción con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, con el propósito de salvaguardar los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad. Si bien los cambios de jurisprudencia son totalmente admisibles en el sistema jurídico colombiano por la necesidad de evitar que el derecho deje de cumplir la función que le es inherente como instrumento de regulación y armonización de la vida en sociedad, lo cierto es que los cambios abruptos de jurisprudencia que vienen a variar de manera sorpresiva las líneas de decisión que han venido aplicándose desde antaño de manera uniforme, estable y sostenida, no pueden defraudar las expectativas legítimas de los administrados, generadas a partir de esas líneas de decisión, toda vez que su reiterada aplicación en casos idénticos

constituye razón más que suficiente para esperar la aplicación igualitaria de los mismos discernimientos e interpretaciones plasmados en forma repetitiva e insistente en las decisiones judiciales, a menos, claro está, que la nueva lectura que hagan los jueces de las normas, resulte mucho más favorable y beneficiosa para los administrados o menos restrictiva de sus derechos, especialmente en tratándose de asuntos de índole laboral, en donde el principio de progresividad y la prohibición de no regresividad de los derechos sociales, son parámetros ineluctables que están llamados a orientar el sentido de las decisiones judiciales(...)Por todo lo anterior, considero que el precedente que ahora se fija no debería aplicarse a los procesos que están en curso en las distintas instancias de nuestra jurisdicción, pues la decisión de aplicar en forma retrospectiva esa regla de unificación a los procesos judiciales que se encuentran en curso, no tiene el respaldo de una razón que lo justifique y además puede dar lugar al quebrantamiento del derecho a la igualdad.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, Sentencia de unificación de 11 de junio de 2020, radicación 15001-23-33-000-2016-00630-01\(4083-17\)CE-SUJ-S2-021-20. AV de la consejera Sandra Liseth Ibarra Vélez y SPV del consejero Gabriel Valbuena Hernández.](#)

4. Sección Segunda unificó el término de prescripción de la sanción moratoria en el régimen de cesantías anualizadas.

Síntesis del caso: *Un funcionario del Municipio de Sabanalarga solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías por las anualidades 2005,2006 y 2007, petición que fue negada por Colfondos, por considerar que operó el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho.*

COMPUTO DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA EN EL RÉGIMEN ANUALIZADO DE CESANTÍAS- Reglas / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN — Efectos/ SENTENCIA DE UNIFICACIÓN QUE ACLARA DE LA SENTENCIA CE- SUJ004 DE 2016

Problema Jurídico: *¿Cómo se computa el término de prescripción de la sanción moratorio de la Ley 50 de 1990?*

Tesis: "(i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990-, es desde su causación y exigibilidad, es decir, 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.(ii) Cuando se acumulen anualidades sucesivas de sanción moratoria prevista en la Ley 50

de 1990 por la ausencia de consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria correspondiente, so pena de su extinción. (...) las reglas jurisprudenciales que se definen en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en vía judicial, dejando a salvo por cosa juzgada los conflictos decididos con antelación."

Aclaración de voto del consejero César Palomino Cortés**PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA DE CESANTÍAS DE ANUALIDADES SUCESIVAS-
Computo / ACLARACIÓN DE VOTO**

Problema Jurídico: *¿Cómo se computa el término de prescripción de la sanción moratoria de anualidades sucesivas?*

Tesis: "Se indicó en la sentencia que el municipio demandado no consignó el auxilio de cesantías de la demandante por los años 2005 a 2007, por lo que a partir del 15 de febrero de 2006 se hizo exigible la sanción moratoria y continuó por las anualidades sucesivas hasta la terminación de dicha relación laboral el 31 de enero de 2009, cuando la obligación del empleador ya no consistía en consignarlas, sino en pagarlas directamente a la ex servidora pública. Sin embargo, al aplicar la regla de unificación se declaró la prescripción total de la sanción moratoria, porque la actora solo hasta el 3 de junio de 2010 solicitó ante el municipio de Sabanagrande el reconocimiento de la sanción moratoria por el incumplimiento en la consignación de las cesantías de las referidas anualidades de 2005, 2006 y 2007.

Debo hacer precisión en todo caso en que, la Subsección B, en providencias donde fui ponente consideró que, aunque la reclamación para el pago de la sanción moratoria se presentara pasados tres años, después de su exigibilidad desde el 15 de febrero de cada año, operaba la prescripción parcial de las fracciones o porciones de la sanción moratoria, no la prescripción total. Así, en el presente caso solo habría operado la prescripción de las fracciones de sanción moratoria anteriores al 3 de junio de 2007, causándose la sanción hasta la terminación de la relación laboral. Con esta interpretación se pretendían salvaguardar los derechos del trabajador frente al incumplimiento en la consignación de sus cesantías. Sin embargo, la Sala de Sección decidió reevaluar el tema de la prescripción, decisión que comparto, al observar también la situación fiscal de los municipios y la magnitud del impacto que para sus finanzas representan las altas condenas por sanciones moratorias; lo cual a la postre afecta su viabilidad y el gasto social."

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Sentencia de 6 de agosto de 2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01\(0833-16\)CE-SUJ-SII-022- con salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cueter y aclaración de voto del consejero César Palomino Cortés.](#)

5. La Sección Segunda mediante sentencia de unificación establece las reglas a seguir para el reconocimiento de la pensión de jubilación de congresistas, de congresistas pensionados vueltos a elegir y de congresistas en régimen de transición, de conformidad con el régimen especial de congresistas establecido en el Decreto 1359 de 1993

Síntesis del caso: *Con ocasión de la demanda instaurada por el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República - Fonprecon, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad, para que fuese desvinculado de esa entidad como beneficiario y negada la pensión de jubilación en calidad de congresista a un ex representante a la Cámara, en razón a que con anterioridad la prestación ya le había sido reconocida por el Instituto de Seguros Sociales y no ostentar la calidad en mención para el 1º de abril de 1994, la Sección Segunda del Consejo de Estado definió las reglas para determinar quiénes son beneficiarios del régimen especial de congresistas consagrado en el Decreto 1359 de 1993.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / RÉGIMEN ESPECIAL DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE LOS CONGRESISTAS / RÉGIMEN DEL CONGRESISTA PENSIONADO VUELTO A ELEGIR / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS CONGRESISTAS / VIGENCIA DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE JUBILACIÓN DE CONGRESISTAS

Problema jurídico 1: *¿Cuáles son las reglas a tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los congresistas, de los congresistas pensionados vueltos a elegir y de los congresistas en régimen de transición, de conformidad con el régimen especial de congresistas establecido en el Decreto 1359 de 1993?*

Tesis 1: “[S]e extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración: 1. Son beneficiarios del régimen especial de congresistas consagrado en el Decreto 1359 de 1993: 1.1.- Los congresistas que ejercieron su labor entre el 18 de mayo de 1992 y adquirieron el estatus, fecha en que entró en vigencia la Ley 4 de 1992 y hasta el 1 de abril de 1994, data en que entró en vigor la Ley 100 de 1993, siempre que cumplan los requisitos consagrados en el art. 4 y 7 del Decreto 1359 de 1993, que son: a.- Estar afiliado a Fonprecon, realizar aportes a dicha entidad y haber tomado posesión del cargo. b.- Cumplir los requisitos de edad, esto es, la mujer 50 años y el hombre 55. Inciso 2 del párrafo 2 del art. 1 de la Ley 33 de 1985. c.- Cumplir 20 años continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público o haber cumplido o cotizado los 20 años parte en el sector privado y ante el ISS. Art. 7º del Decreto 1359 de 1993. 1.2.- Los excongresistas pensionados vueltos a elegir tienen derecho al reconocimiento de la reliquidación de su pensión de jubilación al amparo del régimen especial, siempre que cumplan los siguientes requisitos: a.- Obtuvieron el reconocimiento de la pensión de jubilación por cuenta de cualquier entidad de derecho público; b.- Renunciaron temporalmente a percibir esa pensión de jubilación; c.- Su nueva vinculación a la labor legislativa lo fue a partir del 18 de mayo de 1992; d.- El tiempo de esta nueva vinculación es superior a 1 año en forma continua o discontinua. e.- Efectuaron el pago de los aportes correspondientes ante Fonprecon, y estaban afiliados a dicha entidad. 1.3.- Los ex congresistas beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que les permite obtener el derecho a la aplicación del régimen especial consagrado en el Decreto 1359 de 1993 son los siguientes: 1.3.1.- Los excongresistas que cumplan los siguientes requisitos: a.- Que el congresista para el 1 de abril de 1994 cuando cobró

vigencia dicha ley, tenga: a) 40 años de edad si es hombre, 35 años de edad si es mujer o 15 años o más de servicios efectivamente cotizados. b.- Que el congresista reúna los requerimientos propios del régimen especial que son: i) El ejercicio de la actividad legislativa entre el 18 de mayo de 1992 y que dicha situación no varíe hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994. ii) Cumplir los requisitos de edad, esto es, la mujer 50 años y el hombre 55. Inciso 2 del párrafo 2 del art. 1 de la Ley 33 de 1985. iii) Cumplir 20 años continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público o haber cumplido o cotizado los 20 años parte en el sector privado y ante el ISS. Art. 7º del Decreto 1359 de 1993. iv) Haber tomado posesión del cargo de congresista; v) Haberse afiliado a la entidad pensional del Congreso -Fonprecon-. vi) Haber efectuado cumplidamente las cotizaciones o aportes ante dicha entidad pensional. 1.3.2.- Los excongresistas que durante la legislatura que termina el 20 de junio de 1994: Hubiesen cumplido 20 años de servicios continuos o discontinuos en una o diferentes entidades de derecho público incluido el Congreso de la República, o que los hubieran cumplido y cotizado en parte en el sector privado y ante el Instituto de Seguros Sociales en cualquier modalidad, con derecho a obtener el reconocimiento, en este caso en particular, a la edad de 50 años. 1.4.- El reconocimiento de la pensión de jubilación de congresistas y su reliquidación, para los beneficiarios del régimen de transición, está a cargo de Fonprecon y se concede de acuerdo con las modificaciones que se imprimieron a los artículos 5 y 6 del Decreto 1359 de 1993, por cuenta del Acto Legislativo 01 de 2005, siguiendo los siguientes parámetros: a.- El ingreso básico de liquidación (IBL) debe obedecer a las reglas contenidas en los artículos 21 y 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, según el caso; b.- Como factores de liquidación solo aplicarán: a) aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario; b) tengan carácter remunerativo del servicio; y, c) sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas; c.- El porcentaje de liquidación pensional debe corresponder a un 75% del ingreso base de liquidación d.- La mesada pensional no puede superar el tope o límite de 25 de SMLMV; y, se debe reajustar cada año según el IPC.

2. Aquellos que no estén amparados por el régimen especial, se regirán por el Sistema General de la Ley 100 de 1993. 3. Expiración del régimen especial de jubilación de congresistas: El 31 de julio de 2010 expiraron los regímenes pensionales especiales por orden expresa del parágrafo transitorio 2 del Acto Legislativo 01 de 2005 incluido el de los ex congresistas, de manera que con posterioridad a dicha fecha, el excongresista no puede pretender el reconocimiento de su pensión de jubilación al amparo del régimen especial de congresistas a

menos que le asista el derecho adquirido a dicho reconocimiento, tras el cumplimiento de los requisitos exigidos por el régimen especial. Lo anterior, salvo para aquellos Congresistas que para la entrada en vigencia del acto Legislativo 01 de 2005 se encontraran en régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y tuvieran 750 semanas cotizadas, para quienes dicho régimen se extiende hasta el 31 de diciembre de 2014, al tenor de lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005."

EFFECTOS EN EL TIEMPO DE LAS REGLAS DE UNIFICACIÓN ESTABLECIDAS

Problema jurídico 2: *¿Cuáles son los efectos en el tiempo de la sentencia de unificación sobre la aplicación del régimen especial de congresistas contenido en el Decreto 1395 de 1993?*

Tesis 2: "El efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo y, por ende, las reglas

jurisprudenciales fijadas son vinculantes para los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en sede judicial, en la forma dispuesta en la parte motiva. En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos, esto es, amparados por la cosa juzgada, resultan inmodificables."

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, Sentencia de unificación de 8 de octubre de 2020, C.P., Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-42-000-2013-05893-01\(0815-2015\)CE-SUJ2-018-20](#)

SECCIÓN TERCERA

1. Sección Tercera mediante sentencia de unificación estableció los eventos en que es inaplicable el término de caducidad del medio de control de reparación directa por delitos de lesa humanidad.

Síntesis del caso: *El 5 de abril de 2007, el señor CCL se encontraba en Nunchía, Casanare, en compañía de dos amigos, lugar en donde habrían sido abordados por miembros del Gaula y, luego, entregados a los soldados del batallón "Llaneros de Rondón" de la Décimo Sexta Brigada del Ejército Nacional. Al día siguiente, el señor CCL y las otras dos personas aparecieron muertas en el municipio de Hato Corozal, con armas junto a sus cadáveres. El día posterior a la muerte, los cuerpos de las víctimas fueron entregados a sus familiares, momento en el cual el Ejército Nacional les indicó que su fallecimiento fue consecuencia de un combate presentado entre los uniformados y el grupo guerrillero que ellos integraban –Frente 28 de las FARC–.*

IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD / IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL CRIMEN DE GUERRA / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PROCEDENCIA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN - Sobre caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA - Eventos en los que procede su inaplicación

Problema Jurídico 1: *¿La imprescriptibilidad en materia penal de los delitos de lesa humanidad tiene o no la suficiencia para alterar el cómputo del término de caducidad de las pretensiones de reparación directa?*

Tesis: “[L]as situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad penal en los casos de lesa humanidad y los crímenes de guerra también se encuentran previstas en el campo de lo contencioso administrativo, bajo la premisa del conocimiento de la participación por acción u omisión del Estado, al margen de que se trate de delitos de lesa humanidad o de crímenes de guerra. Así las cosas, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se unificará en relación con la caducidad de las pretensiones indemnizatorias formuladas con ocasión de los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y cualquier otro asunto en el que se pueda solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial al Estado, bajo las siguientes premisas: i) en tales eventos resulta exigible el término para demandar establecido por el

legislador; ii) este plazo, salvo el caso de la desaparición forzada, que tiene regulación legal expresa, se computa desde cuando los afectados conocieron o debieron conocer la participación por acción u omisión del Estado y advirtieron la posibilidad de imputarle responsabilidad patrimonial, y iii) el término pertinente no se aplica cuando se observan situaciones que hubiesen impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción y, una vez superadas, empezará a correr el plazo de ley. Finalmente, se precisa que el término de caducidad para solicitar al Estado la indemnización de un daño es inaplicable en aquellos eventos en los que se adviertan circunstancias que hubiesen impedido, desde el punto de vista material, el ejercicio del derecho de acción, lo que puede ocurrir frente a los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra o cualquier otro asunto en el que se pueda demandar la responsabilidad patrimonial Estado, pues para tales efectos no resulta determinante la situación causante del daño, sino la condición particular de quien acude a la administración de justicia.”

Salvamento de voto del magistrado Alberto Montaña Plata

SALVAMENTO DE VOTO / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VÍCTIMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS - Sujeto de especial protección constitucional / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FUERZA VINCULANTE DEL FALLO / FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / DERECHO A LA VERDAD / DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / GARANTÍA DE NO REPETICIÓN

Tesis: “La Sentencia desconoció el estándar vigente en el ordenamiento jurídico colombiano en materia de acceso a la justicia para las víctimas de crímenes atroces y, a cambio, creó una regla jurisprudencial contra-igualitaria y regresiva y, en consecuencia, contra-convencional e inconstitucional. Para fundamentar su posición recurrió a dos construcciones argumentativas que no comparto. En primer término, desconoció la fuerza vinculante de una Sentencia de la Corte Interamericana mediante la aplicación de una especie de margen de apreciación nacional estricto, que es ajeno al sistema

interamericano de derechos humanos. En segundo lugar, estableció una analogía entre dos normas procesales cuyos presupuestos y fundamentos son disímiles, para derivar una regla jurisprudencial en la que eliminó la diferencia entre las víctimas de crímenes atroces como sujetos de especial protección constitucional y el resto de potenciales demandantes de responsabilidad estatal. La regla unificada neutralizó el estatuto constitucional de estas víctimas y las garantías especiales a sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.”

Salvamento de voto del magistrado Ramiro Pazos Guerrero

APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / INAPLICACIÓN DE LA NORMA / NORMATIVIDAD DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / DELITO DE LESA HUMANIDAD / PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA / DERECHO A LA VERDAD / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA

Tesis: “En el presente caso estimo que el juez de daños debió acudir al control de convencionalidad para inaplicar la regla de caducidad, toda vez que resulta claro que los contenidos sustanciales de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, regulados en diversas fuentes del derecho internacional y constitucional, prevalecen sobre la

regla procesal de caducidad. (...) en el presente caso considero que se debió ejercer el control de convencionalidad sobre la regla de caducidad para inaplicarla, en orden a permitir que la víctima acceda a la administración de justicia y así garantizar sus derechos fundamentales a la verdad y la reparación por tratarse de un crimen de lesa humanidad.”

Salvamento de voto de la magistrada María Adriana Marín

ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CONFLICTO ARMADO INTERNO / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DISCREPANCIA EN LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS IMPUTABLE A LA FUERZA PÚBLICA / VÍCTIMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / DERECHO A LA VERDAD / DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / DERECHO A LA PAZ

Tesis: “[E]n el contexto colombiano, de un país que ha vivido y continúa viviendo un conflicto armado interno de medio siglo, resulta paradójico que las normas de acceso a la administración de justicia se interpreten y apliquen de forma absoluta y rígida, dando prevalencia a la seguridad jurídica sobre valores esenciales al ser humano como la verdad, la justicia y la reparación. Estoy convencida de que la regla jurisprudencial que se unificó, con cada una de sus premisas, va a generar un efecto restrictivo en el acceso a la administración de justicia de las víctimas de graves violaciones a derechos humanos, lo que sin lugar a dudas no se acompasa con el contexto

histórico que vive Colombia. No es posible admitir tesis negacionistas del conflicto armado interno y las graves violaciones a derechos humanos que día a día persisten en el país. La paz, como valor supremo, solo será posible una vez se reconozca la necesidad de reparar a las víctimas y reconstruir el tejido social. En esta labor, los jueces son los primeros llamados a definir el derrotero que habrá de seguirse, no solo para reparar patrimonialmente a las víctimas, sino para juzgar y reprochar las prácticas ilegales y arbitrarias del Estado, que han producido atentados a los intereses y bienes básicos y esenciales del ser humano, especialmente, su dignidad.”

Salvamento de voto del magistrado Guillermo Sánchez Luque

IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD Y CRIMEN DE GUERRA - No puede trasladarse a la caducidad de las acciones civiles contra el Estado

Tesis: “La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, reconocida en instrumentos internacionales (artículo 29 del Estatuto de Roma) y nacionales (83 del Código Penal), no puede extenderse a la caducidad de pretensiones exclusivamente civiles, pues aquella figura se refiere a asuntos de índole penal. Una es la responsabilidad penal que se deriva de la comisión de una conducta y otra es la indemnización de carácter patrimonial que

surge para el Estado que, insisto, constituye una obligación de naturaleza civil que, como derecho de crédito, es de libre disposición. Las instituciones, categorías, sujetos, competencias y finalidades de una y otra responsabilidades son distintas y, por ende, las reglas del derecho penal no pueden trasladarse, sin más, al ámbito meramente civil de la responsabilidad patrimonial del Estado (art. 90 CN).”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 29 de enero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 85001-33-33-002-2014-00144-01\(61033\).](#)

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

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

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

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

Tesis 1: “La jurisprudencia de esta Corporación no [ha] tenido una postura uniforme sobre la determinación de la naturaleza jurídica de los actos precontractuales emitidos por entidades que tienen regímenes de contratación exceptuados de la Ley 80 de 1993 y, especialmente, de aquellos actos de este tipo proferidos por prestadores de servicios públicos domiciliarios. En época reciente, se constata una tendencia jurisprudencial que sostiene que, salvo expresa atribución legal, los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden expedir actos administrativos. En efecto, incluso cuando la regla general de conocimiento de las controversias precontractuales y contractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios era de la

jurisdicción ordinaria y, por tanto, salvo cuando se constataban efectivos actos administrativos por expresa disposición legal, se entendía que se trataba de típicos actos enmarcados en el derecho privado. Prueba de lo anterior corresponde a la ya citada providencia de la Sala plena de lo Contencioso Administrativo S-701 de 23 de septiembre de 1997, que señaló que “los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos”. Actualmente, en la jurisprudencia de esta Corporación y, obviamente, en el marco del conocimiento suyo de este tipo de controversias, se han observado dos posturas distintas : una, según la cual, se pueden producir efectivos actos administrativos y, como tales, deben ser juzgados y; otra, que retoma la postura contemplada en la ya citada providencia de

23 de septiembre de 1997, de la que se deriva la naturaleza privada de estos y, por ende, la necesidad de juzgarlos en el marco de la responsabilidad precontractual y sus reglas aplicables en los estatutos civil y comercial. Esta Sala acogerá la última postura y, como sustento, estima oportuno precisar que, en virtud del principio constitucional de legalidad, ningún sujeto puede proferir actos

administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, lo que supondría un quebrantamiento a la esencia del estado de derecho.”

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

Problema Jurídico 2: *¿Es competente la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las demandas contra los actos precontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios?*

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

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

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

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

Tesis 3: “[U]na vez en claro que el acto precontractual demandado constituye un acto jurídico de carácter

privado, se concluye que el daño alegado por el actor no tuvo origen en la presunta ilegalidad de un acto administrativo. Por lo tanto, la acción idónea para estudiar esta controversia correspondía a la reparación directa, contemplada en el artículo 86 del CCA. Cabe recordar que, de la redacción de la citada disposición, se desprende que la acción (medio de

control) de reparación directa no se circunscribe a controversias que encuentren causa en hechos, omisiones y operaciones administrativas, sino que se extiende a “cualquier otra causa” lo que refuerza desde el derecho positivo nacional el carácter integrador de esta acción. En efecto, reciente Auto de 11 de mayo de 2020 de la Subsección C, con ponencia del Consejero de Estado Jaime Enrique Rodríguez Navas (exp. 58562), indicó que las pretensiones relativas a determinar la invalidez de los actos que se rigen por el derecho privado deben encauzarse por el medio de control de reparación directa. Dicha idea,

además, se refuerza cuando se observa que una parte importante de la doctrina encuadra la responsabilidad precontractual dentro de la categoría de la responsabilidad extracontractual. Ello, en la medida en que esta responsabilidad se configura cuando el contrato aún no se ha celebrado y puede, incluso, nunca perfeccionarse. La referida tesis también fue adoptada, de tiempo atrás, por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la pretensión declarativa de responsabilidad por culpa *in contrahendo* tiene fundamento en la responsabilidad extracontractual.”

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

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

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

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

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

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

Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

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

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

considero que la Empresa de Servicios Públicos demandada, en un ejercicio de autorregulación, se obligó a observar determinados pasos y ritos para la celebración de sus contratos, y que los sometió así a una forma de solemnidad presidida por el principio de la escrituralidad al margen de lo que la legislación supletiva de la voluntad hubiere previsto para su perfeccionamiento. Llamó a los interesados a presentar ofertas, y aquellos que aceptaron la invitación con anuencia en relación con sus condiciones, adhirieron a esa concepción solemne del contrato. Esa la razón por la cual, la fuente del daño en el caso debía buscarse en la transgresión de los

deberes de diligencia y lealtad que presiden la relación precontractual, no en un contrato consensual producto de la aceptación de la oferta. Y tal

circunstancia abonaba la adhesión a la reparación directa como medio de control.”

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

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

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

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

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

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

Aclaración de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez

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

Tesis: “[N]o estimo acertada la invocación que se hace en la sentencia sobre la observancia del artículo 13 de la ley 1150 de 2007 por parte de las ESP públicas, pues, a más de ser innecesaria para soportar la decisión jurisprudencial que se adopta, resulta doblemente imperfecta, pues entiende que el

régimen contractual en materia de servicios públicos domiciliarios es un régimen exceptuado, lo que, como he indicado, no comparto, sino que, además, implica calificar de manera apriorística la acción contractual de las ESP como un función administrativa, apelando al criterio subjetivo de ver tal función en la acción de

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

públicos domiciliarios per se, no ejercen funciones administrativas, y solo lo hacen cuando la Ley así lo ha dispuesto expresamente, de tal forma que sus actos y contratos, por regla general, se encuentran sometidos al régimen del derecho privado aun cuando se imponga en sus actuaciones propender y respetar los principios de la función pública en los asuntos que sean compatibles con dicho régimen, lo cual no significa, bajo ningún criterio, que dicho régimen privado desaparezca o que se exprese como manifestación de poder público, que es carente -salvo excepciones- en las actuaciones de las ESP públicas cuando contratan.”

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

Salvamento de voto de la consejera María Adriana Marín

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

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

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

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

Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz**ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE / ETAPA PRECONTRACTUAL / PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

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

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

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

3. Mediante auto de unificación, Sección Tercera unificó y fijó las reglas de competencia en procesos ejecutivos cuyo título de recaudo sean decisiones judiciales o conciliaciones.

Síntesis del caso: *El 6 de marzo de 2019 se interpuso demanda ejecutiva en contra de la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se ejecute el pago de la condena impuesta en fallo de segunda instancia del 26 de noviembre de 2015, proferida por la Subsección B sección Tercera del Consejo de Estado, así mismo se solicitó el embargo de las cuentas bancarias del demandado. El Tribunal Administrativo de Magdalena en auto del 18 de marzo del mismo año libró mandamiento de pago y negó medida cautelar solicitada por el ejecutante. Inconforme con la decisión de no decretar el embargo, el demandante eleva recurso de apelación.*

PROCESO EJECUTIVO / PROCESO EJECUTIVO CONTRACTUAL / COMPETENCIA DEL PROCESO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO / TÍTULO EJECUTIVO JUDICIAL / COMPETENCIA POR CONEXIDAD / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Problema Jurídico 1: *¿Tiene competencia para conocer de la primera instancia del proceso ejecutivo, el juez que conoció de la primera instancia del proceso declarativo, con independencia de si la condena fue proferida o la conciliación aprobada en grado de apelación?*

Tesis 1: “La Sala considera pertinente, por importancia jurídica, unificar su jurisprudencia en punto a la competencia para conocer de los procesos ejecutivos en los que el título de recaudo sea una sentencia proferida por esta jurisdicción o una conciliación objeto de su aprobación (...) resulta necesario unificar la posición de la Sección Tercera sobre la materia para sostener que, la aplicación del artículo 156.9 del CPACA es prevalente frente a las normas generales de cuantía. (...) la Sala considera que la aplicación del artículo 156.9 del CPACA es un criterio de competencia por conexidad que excluye la aplicación de las normas previstas en los artículos 152.7 y 155.7 del mismo código, por las siguientes razones: 1. Es especial y posterior en relación con las segundas. 2. Desde una interpretación gramatical resulta razonable entender la expresión “el juez que profirió la decisión” como referida al juez de conocimiento del proceso declarativo. 3. La lectura

armónica de las demás normas del CPACA y del CGP, en relación con la ejecución de providencias judiciales, permite definir la aplicación del factor de conexidad como prevalente. (...) Conviene precisar que la unificación de la regla de competencia por conexidad deberá entenderse en el siguiente sentido: conocerá de la primera instancia del proceso ejecutivo el juez que conoció de la primera instancia del proceso declarativo, con independencia de si la condena fue proferida o la conciliación aprobada en grado de apelación, (...) el criterio de interpretación unificado se aplicará únicamente a los procesos ejecutivos iniciados con posterioridad a la firmeza de la presente providencia. De (...) todos aquellos procesos ejecutivos en los que se pretenda el cumplimiento de una sentencia proferida o de una conciliación aprobada por esta jurisdicción, y cuya competencia se haya definido según su cuantía, continuarán su trámite hasta su finalización sin modificación de la competencia.”

Nota de Relatoría: Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección cuarta, auto del 15 de noviembre de 2017, exp. 22065 y Consejo de Estado, Sección Segunda, auto de importancia Jurídica de 25 de julio de 2016, exp. 4935-14.

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE NIEGA EL DECRETO DE MEDIDA CAUTELAR / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema Jurídico 2: *¿Procede el recurso de apelación en contra del auto que niega el decreto de una medida cautelar cuando el título de recaudo es una sentencia proferida o una conciliación aprobada por esta jurisdicción y debe ser competencia del magistrado ponente?*

Tesis 2: “La Sala advierte que el recurso de apelación en contra del auto que niega el decreto de una medida cautelar es improcedente cuando el título de recaudo sea una sentencia proferida o una conciliación aprobada por esta jurisdicción.(...) en lo relativo a los procesos ejecutivos cuyo título de recaudo sea una sentencia proferida o una conciliación aprobada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (...) El auto que decreta una medida cautelar debe ser proferido por el magistrado ponente en el caso de los jueces colegiados, de conformidad con los artículos

229 y siguientes del CPACA, y es apelable según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 243 del CPACA. (...) El auto que niega una medida cautelar es de competencia del magistrado ponente como lo profirió el juzgador de primera instancia en la decisión impugnada y no es apelable, toda vez que no se encuentra enlistado en los autos susceptibles de ese recurso en el CPACA (...) conviene destacar que, si bien esta providencia debía ser proferida por el magistrado ponente, se dicta por la Sala Plena de la Sección en razón de la unificación de jurisprudencia que se realiza”

Nota de Relatoría: Con aclaración de voto de la Dra. Marta Nubia Velásquez Rico y el Dr. Guillermo Sánchez Luque.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 47001-23-33-000-2019-00075-01 \(63931\).](#)

Aclaración de voto de la magistrada Marta Nubia Velásquez Rico**RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE NIEGA MANDAMIENTO EJECUTIVO / LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO / OPOSICIÓN A LA ENTREGA DEL BIEN / RECHAZO DE PLANO DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA**

Tesis: “La razón de mi aclaración parte de considerar que, de manera previa a la mencionada unificación jurisprudencial, en calidad de magistrada sustanciadora de los procesos ejecutivos a mi cargo, he dado aplicación a las normas del Código General del Proceso para determinar la procedencia del recurso de apelación frente a distintos tipos de decisiones, tales como el auto que niega el mandamiento ejecutivo, el que modifica la liquidación del crédito, el que resuelve sobre la oposición a la entrega de bienes y el que la rechaza

de plano. En estas condiciones, estimo que en lo relativo a la procedencia del recurso de apelación es viable acudir a la integración normativa que dispone el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en aquellos eventos en los que dicho estatuto no contenga una regulación expresa sobre el tema, por lo que será necesario aplicar lo previsto en el Código General del Proceso, codificación que le otorga naturaleza apelable a ciertas decisiones que solo pueden tener lugar en los procesos ejecutivos”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de enero de 2020, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 47001-23-33-000-2019-00075-01 \(63931\), S.V. consejera Marta Nubia Velásquez Rico.](#)

SECCIÓN CUARTA

1. Sección Cuarta unificó jurisprudencia sobre la sanción por devolución y/o compensación improcedente y los criterios de aplicación de la modificación introducida a la misma por el artículo 293 de la Ley 1819 de 2016.

Síntesis del caso: *Se unificó la jurisprudencia de la Sección sobre la determinación e imposición de la sanción por devolución o compensación improcedente prevista en el artículo 670 del Estatuto Tributario. Concretamente, la Sala estableció cuál es la incidencia de la falta de firmeza de los actos administrativos de determinación oficial del saldo a favor susceptible de devolución o compensación en la imposición de la sanción y, en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad en materia sancionatoria tributaria y de non bis in idem, fijó los criterios de aplicación de la modificación introducida a la sanción por el artículo 293 de la Ley 1819 de 2016, en lo atinente a su monto y base de cálculo.*

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR - Naturaleza jurídica y efectos. Reiteración de jurisprudencia / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR - Autonomía y diferencia con el procedimiento administrativo de determinación oficial del tributo / SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Origen y fundamento. Reiteración de jurisprudencia / PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DEL TRIBUTO Y PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Autonomía y fundamento / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Presupuestos / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Incidencia de la falta de firmeza de los actos administrativos de determinación oficial del tributo / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE INICIADO ANTES DE LA FIRMEZA DE LOS ACTOS DE DETERMINACIÓN OFICIAL DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA - Legalidad

Problema Jurídico 1: *¿La expedición de la resolución sancionadora por compensación improcedente dependía de que se hubiera resuelto sobre la legalidad de los actos de determinación oficial de la obligación tributaria?*

Tesis 1: "4.1- Esa cuestión, relativa a las actuaciones administrativas que anteceden a la imposición de sanción por devolución o compensación improcedente, ya ha sido juzgada por la Sala en varias sentencias (...) Según estos pronunciamientos, que siguen los dictados del artículo 670 del ET, las devoluciones o compensaciones de los saldos a favor de los contribuyentes no constituyen un reconocimiento definitivo sobre la existencia o validez del saldo a favor, en la medida en que las autoliquidaciones en que se determinan permanecen sujetas a revisión por parte de la autoridad tributaria. De ahí que la norma prevea las consecuencias punitivas derivadas de las modificaciones de los saldos a favor que ya han sido devueltos o compensados; y que disponga que, una vez que ha sido notificada la liquidación oficial de revisión que modifica el saldo a favor objeto de compensación o devolución, la Administración está habilitada para

exigir su reintegro e imponer la sanción por compensación o devolución improcedente que sea del caso (...), sin que al efecto sea exigible que el acto de liquidación haya quedado en firme previamente. Lo anterior, porque los actos sancionadores y los de determinación oficial del impuesto son actuaciones diferentes, que siguen procedimientos diversos y se justifican en hechos independientes; aun a pesar de que los actos administrativos de liquidación del tributo sean el fundamento fáctico de la sanción por devolución o compensación improcedente (...) [E]stá visto que la demandada inició el procedimiento sancionador después de que le notificó a la actora la liquidación oficial de revisión que modificó el saldo a favor que previamente había sido compensado. Esa actuación resulta acorde con lo previsto en el artículo 670 del ET, que habilita para adelantar el procedimiento sancionador por devolución o compensación improcedente antes de que hayan adquirido firmeza los actos por medio de los cuales se determina oficialmente el monto de la obligación tributaria".

SANCIÓN POR COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Procedencia / SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Modificación del monto de la sanción en forma favorable al

infractor. Ley 1819 de 2016 / CÁLCULO DE LA SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria tributaria. Unificación de jurisprudencia. Regla de decisión / SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Monto cuando la administración rechaza o modifica el saldo a favor mediante liquidación oficial. Aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria tributaria

Problema Jurídico 2: *¿La demandante incurrió en la conducta tipificada en el artículo 670 del Estatuto Tributario?*

Tesis 2: “[E]ncuentra la Sala que, por sentencia del 19 de septiembre de 2019 (exp. 23151, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez), esta judicatura no avaló la autoliquidación del impuesto sino la determinación oficial del tributo, aunque anuló parcialmente los actos correspondientes para reducir la cuantía de la sanción por inexactitud, a efectos de determinarla conforme al porcentaje previsto en el actual artículo 648 del ET (100%, artículo 288 de la Ley 1819 de 2016), en lugar del que establecía para la época de los hechos el artículo 647 *ibídem* (160%, artículo 44 del Decreto 2503 de 1987), toda vez que aquel era menos gravoso. Dicha decisión judicial evidencia la improcedencia de parte de la compensación lograda por la actora, así como la adecuación de la conducta desplegada, con aquella tipificada como infracción en el artículo 670 del ET (*i.e.* obtener una compensación improcedente). Consiguientemente, la Sala confirma el fundamento jurídico de la multa que reprocha la recurrente. No prospera el segundo cargo de apelación. 6- Con todo, habida cuenta de que, con posterioridad a la comisión de la conducta y a la imposición de la multa debatida, el artículo 293 de la Ley 1819 de 2016 modificó en términos favorables al infractor la sanción que reprime la obtención de devoluciones o de compensaciones improcedentes, se impone aplicar este último precepto por mandato del artículo 29 constitucional,

según el cual «en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable». En detalle, la norma de la Ley 1819 de 2016 dispuso que la sanción por devolución o compensación improcedente equivale al 10% del monto de la devolución o compensación improcedente, cuando es el propio contribuyente quien corrige la declaración en la cual se autoliquidó el saldo a favor objeto de devolución o compensación; o al 20% de esa misma cifra cuando la modificación del saldo a favor se lleva a cabo mediante liquidación oficial. 6.1- A la luz de los anteriores planteamientos, la Sala establece la siguiente regla de decisión respecto del cálculo de la sanción por compensación o devolución improcedente, en aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionadora (artículo 29 de la Constitución): *Cuando la sanción por devolución o compensación improcedente determinada de conformidad con la redacción del artículo 670 del Estatuto Tributario vigente a la fecha en que se cometió la conducta infractora resulte más gravosa para el infractor que la calculada en virtud de una norma posterior, se aplicará esta sobre aquella.* 6.2- Por las razones expuestas, en el *sub lite*, la Sala determinará la multa en un valor equivalente al 20% de la cuantía devuelta o compensada de forma improcedente, pues ese es el porcentaje establecido por la norma posterior y favorable para aquellos casos en los que la Administración rechaza o modifica el saldo a favor mediante liquidación oficial de revisión”.

UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA - Base de cálculo de la sanción por devolución o compensación improcedente / SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Prohibición de concurrencia de sanciones. Interpretación del artículo 131 de la Ley 223 de 1995. Línea jurisprudencial de la Sección Cuarta del Consejo de Estado / INTERESES DE MORA EN OBLIGACIONES TRIBUTARIAS - Causación / PRINCIPIO NON BIS IN IDEM O PROHIBICIÓN DE DOBLE INCRIMINACIÓN - Alcance. Interpretación constitucional. Aplicación en todo el ámbito del derecho sancionador / PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE SANCIONES EN LA BASE DE CÁLCULO DE LA SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Unificación de jurisprudencia. Interpretación del artículo 293 de la Ley 1819 de 2016. Regla de decisión. Exclusión del monto de otras sanciones administrativas tributarias que hayan disminuido la cuantía del saldo a favor susceptible de ser devuelto o compensado / SANCIÓN POR COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Liquidación. Aplicación de reglas de unificación de jurisprudencia / REGLAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Aplicación. Rigen para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa o judicial. No se aplican a conflictos ya decididos

Problema Jurídico 3: *¿Se debía excluir el valor de la multa por inexactitud de la base de cálculo de la sanción por devolución o compensación improcedente?*

Tesis 3: “[S]i bien ninguna de las versiones del artículo 670 del ET ha indicado que la sanción por devolución

o compensación improcedente no puede concurrir sobre el monto de otras sanciones impuestas al mismo agente –ya sea en una liquidación oficial de revisión o autodeterminadas en una declaración de corrección a aquella en la que se cuantificó el saldo a favor devuelto o compensado–, esta Sección ya había apuntado, al analizar la aplicación de la anterior

redacción del artículo 670 del ET (i. e. la que le dio el artículo 131 de la Ley 223 de 1995), que el incremento en los intereses moratorios exigibles, a título de sanción por devolución o compensación improcedente, no podía causarse sobre aquella parte del saldo a favor improcedente que correspondiera a la sanción por inexactitud. 7.1- Puntualmente, en su momento la Sección señaló que los intereses moratorios y su incremento a título de multa, debían liquidarse sobre el mayor impuesto a pagar determinado, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 634 del ET, que preceptúa que los intereses de mora se causan sobre los mayores valores determinados por impuestos, anticipos o retenciones; excluyendo de dicha exigencia dineraria a las multas impuestas por infringir el ordenamiento tributario. Bajo esos argumentos, la jurisprudencia estableció que la base para calcular la sanción prevista en el artículo 670 del ET no incluía las sanciones, particularmente la sanción por inexactitud (...). 7.2- En lo que concierne a la redacción actual de la sanción prevista en el artículo 670 del ET, observa la Sala que, aunque no haga remisión alguna al artículo 634 *ibídem*, también resulta perentorio excluir de la base de cálculo de la sanción el monto que corresponda a otras multas tributarias que hayan coadyuvado en la disminución del saldo a favor que se determinó como improcedente, ya fuera en una liquidación oficial de revisión o en una declaración de corrección. Así, por prescripción del artículo 29 de la Constitución. En efecto, a partir de que el Texto Supremo dispone que el sindicado tiene derecho «a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho», la jurisprudencia constitucional ha precisado que la prohibición de doble incriminación no se restringe al ámbito penal, sino que «se hace extensiva a todo el universo del derecho sancionador», por lo que es obligatoria la aplicación directa e inmediata de esta garantía, aunque no lo indique expresamente el texto legal (...); y que no solo impide un doble juzgamiento, sino que también implica la proscripción de que se dé una múltiple valoración y punición, que es en lo que consiste la vertiente material del *non bis in ídem* (...). En atención a la mencionada prohibición constitucional sobre la concurrencia de sanciones (artículo 29), y retomando los análisis previos hechos en la jurisprudencia citada de la Sección, la Sala concluye que, en la aplicación del artículo 293 de la Ley 1819 de 2016 (codificado en

el artículo 670 del ET), se debe excluir de la base de cálculo de la sanción por devolución o compensación improcedente el monto de otras multas que hayan disminuido la cuantía del saldo a favor susceptible de ser devuelto o compensado, en los actos oficiales o en la declaración de corrección, según sea el caso (v.g. las sanciones por inexactitud o por corrección). 7.3- En atención a lo anterior, la Sala fija la siguiente regla de unificación: *En todos los casos, se debe excluir de la base de cálculo de la sanción por devolución o compensación improcedente regulada en el artículo 670 del Estatuto Tributario (en la redacción del artículo 293 de la Ley 1819 de 2016) el monto de otras sanciones administrativas tributarias que hayan disminuido la cuantía del saldo a favor susceptible de ser devuelto o compensado.* 7.4- Como en el *sub lite* una parte del saldo a favor compensado, que a la postre se determinó como improcedente por parte de esta Sección en la sentencia dictada el 19 de septiembre de 2019 (exp. 23151, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez), obedeció al valor de la sanción impuesta a la apelante por haber autoliquidado de manera inexacta su deuda tributaria correspondiente al impuesto sobre la renta del periodo gravable 2008 (...), resulta imperativo para la Sala restar la cuantía de esa multa de la base sobre la que se debe calcular la sanción por devolución o compensación improcedente. De no hacerlo, se estaría violando la garantía constitucional que prohíbe la concurrencia de sanciones. La Sala establece que la sanción por compensación improcedente que se le debe imponer a la apelante por la infracción en la que incurrió corresponde al 20% de la diferencia entre el saldo a favor compensado (\$2.133.468.000, ...) y el saldo a favor determinado en sede judicial (\$1.743.980.000, sentencia (...) exp. 23151 (...), lo cual arroja una cifra de \$389.488.000. Pero, a su vez y por los motivos estudiados en la presente providencia, de dicho valor se debe restar la sanción por inexactitud impuesta a la apelante en la mencionada sentencia (\$194.744.000). En definitiva, la base de cálculo de la sanción por compensación improcedente equivale a \$194.744.000 y la sanción, correspondiente al 20% de esa suma totaliza \$38.949.000 (...). (iii) *Las anteriores reglas jurisprudenciales de unificación rigen para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No podrán aplicarse a conflictos decididos con antelación.*”

Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García

BASE DE CÁLCULO DE LA SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Cargo de violación del principio *non bis in ídem*. Línea jurisprudencial de la Sección Cuarta del Consejo de Estado antes de la modificación del artículo 670 del Estatuto Tributario por el artículo 293 de la Ley 1819 de 2016 / SANCIÓN POR INEXACTITUD Y SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN IMPROCEDENTE - Diferencia / REGLA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA SOBRE LA BASE DE CÁLCULO DE LA SANCIÓN POR DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN IMPROCEDENTE - Interpretación del artículo 293 de la Ley 1819 de 2016. Fundamento de la exclusión del monto de otras sanciones administrativas tributarias que hayan disminuido la cuantía del saldo a favor susceptible de ser devuelto o compensado

Tesis: “Esta Corporación, frente al artículo 670 del Estatuto Tributario original, de manera pacífica

resolvió el cargo de vulneración del principio del *non bis in ídem*, que se planteaba al cálculo de la sanción

por improcedencia de la devoluciones, negándolo bajo el argumento que no se sancionaba dos veces el mismo hecho, pues la sanción por inexactitud impuesta en la liquidación oficial castigaba la omisión de ingresos o impuestos, así como la inclusión de costos o deducciones improcedentes; mientras que la sanción por devolución improcedente reprocha el haber obtenido una devolución a la que no se tenía derecho: (...) Bajo este criterio el cálculo de la sanción improcedente, esto es, la devolución del sado devuelto de manera improcedente junto con los intereses incrementados en un cincuenta por ciento se hacía sobre la diferencia entre saldos a favor, sin excluir la sanción por inexactitud o alguna otra que hubiese sido impuesta. Vale decir que el planteamiento de la sección era que la sanción correspondía únicamente al incremento del cincuenta por ciento de los intereses. El reintegro de los valores y sus intereses no es una sanción, sino la restitución de las cosas al estado inicial. Posteriormente, esta corporación modificó su criterio respecto de la base del cálculo de la sanción por improcedencia de las devoluciones, para determinar que debían excluirse la sanción por inexactitud, como cualquiera otra determinada por la Administración. El argumento para esa decisión fue que las sanciones no generan intereses, por lo que para dicho cálculo debían excluirse. Este era el criterio vigente hasta este momento. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 1819 de 2016, se modificó la sanción prevista en el artículo 670 del Estatuto Tributario (...) En virtud del parágrafo 5º del artículo 640 del Estatuto Tributario, esta modificación se aplica retroactivamente, a

aquellos casos no consolidados, en la medida que resulte más permisiva o favorable. Correspondía a la Sala, como lo hizo a través de esta sentencia de unificación, precisar la base del cálculo de la sanción por improcedencia de la devolución. La manera de determinar el “valor devuelto o compensado en exceso”. La Sala, por unanimidad, acoge la siguiente regla: *En todos los casos, se debe excluir de la base de cálculo de la sanción por devolución o compensación improcedente regulada en el artículo 670 del Estatuto Tributario (en la redacción del artículo 293 de la Ley 1819 de 2016) el monto de otras sanciones administrativas tributarias que hayan disminuido la cuantía del saldo a favor susceptible de ser devuelto o compensado.* La providencia señala como fundamento para adoptar este criterio, la aplicación del principio *non bis in ídem*. En mi caso, considero que se trata de sanciones diferentes, como lo había entendido esta corporación en el pasado, y por lo mismo no se sanciona dos veces el mismo hecho, ni se incluye una sanción como base de la otra, según ya expliqué. Sin embargo, si se optara por no descontar de la diferencia entre saldos a favor la sanción por inexactitud y otras sanciones liquidadas por la Administración, se haría más gravosa la situación del sancionado, frente a lo que hasta este momento venía sosteniendo la sala. Es en razón del principio de favorabilidad en las sanciones que acojo la regla fijada en esta sentencia de unificación, además de la necesidad de otorgar certeza a la administración tributaria, a los contribuyentes y a los jueces sobre el monto de la sanción por improcedencia de las devoluciones.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 20 de agosto de 2020, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, Sentencia de Unificación 2020-CE-SUJ-4-001, radicación: 25000-23-37-000-2015-00379-01 \(22756\).](#)

2. Sección Cuarta unificó jurisprudencia sobre la coherencia que deben guardar las sanciones impuestas en liquidaciones oficiales con el proceso de determinación tributaria.

Síntesis del caso: *La Sala dictó sentencia de unificación, para sentar jurisprudencia, en relación con la coherencia que deben guardar las sanciones impuestas en liquidaciones oficiales con el proceso de determinación tributaria, dada la inexistencia de pronunciamientos de la Corporación frente al tema. Concretamente, estableció como reglas jurisprudenciales de unificación aplicables para la procedencia de las sanciones aplicadas en procesos de determinación, las siguientes: i) Que, además del cumplimiento de los supuestos normativos previstos para su imposición, requieren de la expedición de una liquidación oficial y, ii) Que deben coincidir con el tributo, el periodo, las bases de cuantificación y el monto del gravamen, cuando afecten la base para su imposición. Además, la Sala precisó que dichas reglas rigen para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial y que no se podrán aplicar a conflictos decididos con antelación.*

PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DEL TRIBUTO Y PROCEDIMIENTO SANCIONADOR O SANCIONATORIO - Autonomía y objeto. Reiteración de jurisprudencia / SANCIÓN IMPUESTA EN LIQUIDACIÓN OFICIAL – Normativa aplicable. Obligación de ajustarse a las reglas del proceso de determinación oficial del tributo / SANCIÓN IMPUESTA EN RESOLUCIÓN INDEPENDIENTE – Normativa aplicable. Se rige por la normativa que regula el procedimiento sancionatorio / SANCIONES IMPUESTAS EN LIQUIDACIONES OFICIALES - Requisito de coherencia. Reglas de unificación jurisprudencial. Deben guardar coherencia con el proceso de determinación, sin que pierdan independencia, pues se originan en hechos sancionables diferentes de los que motivan la determinación oficial de los tributos / SANCIÓN POR NO INFORMAR IMPUESTA EN LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN – Legalidad / SANCIÓN POR NO INFORMAR FRENTE A CONDUCTA NO REGULARIZADA Y RENUENCIA DEFINITIVA DEL OBLIGADO A CUMPLIR CON LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR – Graduación. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial. Imposición de la sanción máxima del 5 por ciento de la información no entregada / REGLAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL REQUISITO DE COHERENCIA DE LAS SANCIONES IMPUESTAS EN LIQUIDACIONES OFICIALES CON EL PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN OFICIAL DEL TRIBUTO - Aplicación. Rigen para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No se aplican a conflictos ya decididos

Problema Jurídico 1: *¿Ante la revocatoria de las modificaciones oficiales a la declaración privada de renta de la demandante, efectuada por la administración en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, se podían imponer las sanciones por no informar y por irregularidades en la contabilidad y, en caso afirmativo, cuál es el porcentaje aplicable a la primera?*

Tesis 1: “Frente al argumento de la actora, según el cual la revocatoria de las glosas y modificaciones oficiales implica la improcedencia de la sanción, esta Sección precisó que, «el procedimiento de determinación oficial de un impuesto es independiente del sancionador, porque obedecen a hechos diferentes. Mientras el primero está dirigido a determinar la realización y cuantificación de los hechos económicos que dan lugar al tributo respectivo, el segundo impone sanciones como consecuencia de conductas infractoras tipificadas en la ley tributaria». No obstante, la independencia que existe en los procedimientos aludidos, cuando la sanción se impone en liquidación oficial se debe ajustar a las reglas aplicables a esta última para su procedencia. El artículo 637 del E.T. dispone que «Las sanciones podrán imponerse mediante resolución independiente, o en las respectivas liquidaciones oficiales». Conforme con la anterior disposición, las sanciones impuestas en resolución independiente se rigen por la normativa que regula el procedimiento sancionatorio, mientras las establecidas en «las respectivas liquidaciones oficiales», se deben ajustar al proceso de determinación. En este último caso, la sanción requiere la existencia de un proceso de determinación que culmine con la expedición de una liquidación oficial (de revisión o de aforo, según el caso), que contenga los requisitos del artículo 712 del Estatuto Tributario (...) Por ello, las sanciones impuestas en liquidaciones oficiales deben guardar coherencia con el proceso de determinación, al corresponder al tributo en discusión, periodo, bases de cuantificación y monto del gravamen cuando afecten la base de imposición, sin que pierdan

independencia, pues se originan en hechos sancionables diferentes de los que motivan la determinación oficial de los tributos. Por las anteriores razones, la Sala establece las siguientes reglas de unificación: 1.- Las sanciones aplicadas en procesos de determinación requieren, además del cumplimiento de los supuestos normativos previstos para su imposición, de la expedición de una liquidación oficial. 2.- Las sanciones establecidas en procesos de determinación deben coincidir con el tributo, periodo, bases de cuantificación y monto del gravamen, cuando afecten la base de imposición. En el caso concreto, se advierte que, como la sanción por no informar se impuso en un procedimiento de determinación que culminó con la expedición de liquidación de revisión, y se relaciona con el periodo y tributo en discusión, sin que se encuentre afectada por la base de cuantificación o por el monto del tributo, pues su determinación responde al valor total de la información omitida, los cargos formulados por la demandante no están llamados a prosperar. De otro lado, en relación con el monto de la sanción por no informar, que fue apelado por la entidad demandada, está demostrado que la actora no remitió la información requerida por la DIAN, supuesto sobre el cual, para efectos de graduación de la sanción, la sentencia de unificación del 14 de noviembre de 2019, expediente 22185, precisó (...) En esas condiciones, como la actora no subsanó la infracción cometida, en aplicación de la regla de unificación señalada, la sanción se debe tasar en el 5% del valor de la información no entregada, como lo hizo la Administración en los actos administrativos demandados, circunstancia que no vulnera el espíritu de justicia, ni los principios de razonabilidad y proporcionalidad aducidos en la demanda (...) 3) Las anteriores reglas jurisprudenciales de unificación rigen para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No podrán aplicarse a conflictos decididos con antelación.”

SANCIÓN POR LIBROS DE CONTABILIDAD - Conductas sancionables. Reiteración de jurisprudencia / SANCIÓN POR LIBROS DE CONTABILIDAD IMPUESTA EN LIQUIDACIÓN OFICIAL - Requisito de coherencia. Unificación para sentar jurisprudencia. Regla de decisión. Debe guardar relación con el periodo sujeto al proceso de determinación / SANCIÓN POR LIBROS DE CONTABILIDAD IMPUESTA EN LIQUIDACIÓN OFICIAL RESPECTO DE PERIODO DIFERENTE AL QUE ES OBJETO DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN TRIBUTARIA - Ilegalidad. Violación del requisito de coherencia entre la sanción impuesta en liquidación oficial con el procedimiento de determinación del tributo

Problema Jurídico 2: *¿Es procedente la sanción por irregularidades en la contabilidad impuesta en los actos acusados en relación con los años gravables 2007, 2009 y 2011, cuando se discute el periodo 2010?*

Tesis 2: “Respecto a las irregularidades en la contabilidad, el artículo 654 del Estatuto Tributario dispone (...) En punto a las infracciones que dan lugar a la sanción por irregularidades en la contabilidad, la Sala ha precisado que *«tributariamente se castiga no llevar contabilidad, no registrar los libros, no exhibirlos cuando se requieran, llevar doble contabilidad, no diligenciarlos de manera que se puedan establecer las bases de liquidación de los impuestos o retenciones y cuando se encuentren atrasados, pues de presentarse alguno de estos hechos, la fuente contable no es idónea y eficaz para una correcta determinación tributaria»*. En relación

con la sanción por libros de contabilidad, el artículo 655 del E.T. señala (...) En ese sentido, se reitera que, cuando la sanción se impone en liquidación oficial debe guardar relación con el periodo sujeto a determinación, lo que no ocurre en este caso, pues las irregularidades contables se refieren a periodos diferentes del discutido, que debieron ser abordadas en resolución independiente, previa notificación del pliego de cargos y con observancia de los términos de caducidad de la potestad sancionatoria. En consecuencia, la Sala modificará el ordinal segundo de la sentencia apelada, para declarar que la actora no está obligada a pagar la sanción por irregularidades en la contabilidad y se mantendrá la sanción por no informar liquidada por la DIAN en los actos administrativos demandados, así como el recálculo de la sanción por corrección que no fue objeto de apelación”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de septiembre de 2020, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Sentencia de Unificación 2020-CE-SUJ-4-002, radicación: 25000-23-37-000-2016-01405-01\(24264\).](#)

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

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

COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES - Objeto. Alcance del inciso primero del artículo 147 del Estatuto Tributario / PRINCIPIOS DE NEUTRALIDAD FISCAL Y DE EQUIDAD Y JUSTICIA TRIBUTARIA EN COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES - Alcance / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES - Naturaleza jurídica y finalidad / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES EN PROCESOS DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN - Normativa aplicable. Se regulan por el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario y no por el inciso primero / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES DE SOCIEDADES

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

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

Tesis: “Los incisos primero y segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, vigentes durante los hechos en discusión, establecen lo siguiente: (...) El inciso primero de la anterior disposición, establece el derecho que por regla general le asiste a las sociedades de compensar las pérdidas fiscales de ejercicios anteriores con las rentas líquidas ordinarias que obtengan en periodos posteriores, sin limitación -aunque con la prohibición de trasladarlas a los socios-, pues la misma estructura societaria es quien genera las pérdidas y la renta líquida que sirve para compensarlas, lo que garantiza la neutralidad fiscal y los principios de equidad y justicia tributaria (...) Por su parte, el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, introducido por el artículo 24 de la Ley 788 de 2002, regula de forma especial la compensación de pérdidas fiscales asociadas a procesos de fusión, con el fin de que *«los mismos sean neutrales con los procesos de reorganización empresarial, de modo que se evite su utilización para la obtención de beneficios tributarios ajenos a la realidad económica»*, o a fines estrictamente comerciales o de negocios. En ese sentido, la Sección Cuarta señaló que el artículo 24 de la Ley 788 de 2002, estableció las siguientes reglas aplicables a la compensación de pérdidas en procesos de fusión: *«1.- Que las pérdidas fiscales sean de la sociedad absorbida. 2.- Que la compensación de esas pérdidas fiscales se haga con las rentas líquidas ordinarias que obtuviere la sociedad absorbente o resultante del proceso de fusión. 3.- Que la compensación no exceda el equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante. 4.- Que el plazo para compensar las pérdidas fiscales que sufrieron las sociedades fusionadas se debe contar a partir de los períodos gravables en que registraron las pérdidas y hasta el plazo previsto en la ley que estuviera vigente en el período en que tales sociedades fusionadas generaron y declararon la pérdida fiscal. 5.- Que se pruebe que la actividad económica de las sociedades intervinientes en el proceso de fusión era la misma antes de la respectiva fusión»*. Si bien en esa oportunidad se indicó que las pérdidas que se

compensan corresponden a la sociedad absorbida, se precisa que, en aplicación de los principios de justicia, equidad y neutralidad tributaria, no se puede desconocer el derecho que le asiste a las sociedades absorbentes de compensar sus propias pérdidas. En principio, se advierte que las sociedades absorbentes no pueden compensar sus pérdidas fiscales de ejercicios anteriores en los términos del inciso primero del artículo 147 del Estatuto Tributario, por los efectos jurídicos que la fusión genera en su estructura societaria, entre los que se encuentra un incremento patrimonial que afecta la neutralidad entre pérdidas y rentas líquidas. El artículo 172 del Código de Comercio señala que *«Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva»*, y que *«La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión»*, circunstancia que, conforme con los artículos 29 y 178 y 29 *lb.*, ocurre con la formalización del acuerdo de fusión. Se observa que la fusión por absorción implica un proceso de integración patrimonial por la transferencia a título universal de bienes y obligaciones de las sociedades absorbidas -que se disuelven sin liquidarse-, en favor de la absorbente, que incide en su estructura societaria y en las rentas líquidas que obtiene, lo cual genera desequilibrio frente a las pérdidas de ejercicios anteriores, que materialmente fueron sufridas por una estructura societaria y patrimonial diferente. Por ello, como la renta líquida de la sociedad absorbente no corresponde a la misma estructura societaria que generó las pérdidas, en virtud del principio de neutralidad tributaria resulta inaplicable el inciso primero del artículo 147 del Estatuto Tributario, teniendo en cuenta que la compensación no solo depende de la existencia de pérdidas fiscales, sino de rentas líquidas, para el caso, obtenidas con posterioridad a la fusión. Sin embargo, lo anterior no impide que las absorbentes compensen sus propias pérdidas en los términos del inciso segundo del artículo 147 *lb.*, que las limita a su porcentaje de participación en el patrimonio de la compañía resultante de la fusión, o que equilibra la neutralidad entre pérdidas y rentas líquidas, atiende la capacidad de pago y evita la obtención de beneficios fiscales ajenos a su realidad económica. En ese sentido, el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario permite que la sociedad absorbente compense *«las*

pérdidas fiscales sufridas por las sociedades fusionadas, hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante». Por lo anterior, la Sala considera que para hacer efectivos los principios de justicia, equidad y neutralidad tributaria, se debe interpretar que las sociedades «fusionadas» a que alude el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario son aquellas que participan o intervienen en el proceso de fusión, y que incluyen a las sociedades absorbentes y a las absorbidas, quienes pueden compensar sus propias pérdidas «hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de los patrimonios de las sociedades fusionadas dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o resultante» (...) [S]e advierte que ante la existencia de pronunciamientos divergentes sobre las pérdidas fiscales que son objeto de compensación en procesos de fusión por absorción, es necesario unificar la jurisprudencia sobre dicho aspecto. Por las anteriores razones, la Sala establece la siguiente regla de unificación aplicable a la compensación de pérdidas fiscales en procesos de fusión por absorción: 1.- Para todos los efectos, dentro de los límites porcentuales y temporales establecidos por el inciso segundo del

artículo 147 del Estatuto Tributario, se entenderá que las sociedades «fusionadas» a que alude la norma son aquellas que participan o intervienen en el proceso de fusión, y que incluyen a las sociedades absorbentes y a las absorbidas (...) La Sala considera que la actora no podía aplicar el inciso primero del artículo 147 del Estatuto Tributario para compensar pérdidas superiores al porcentaje con que participó en el patrimonio de la sociedad que resultó del proceso de fusión, pues con ello desconoce los efectos patrimoniales que la fusión surtió en su patrimonio y en su estructura societaria, lo que afecta la neutralidad entre pérdidas y rentas líquidas. Por tal motivo, la demandante debió aplicar el inciso segundo del artículo 147 del Estatuto Tributario, y limitar la compensación de sus pérdidas al porcentaje de participación patrimonial que tuvo en el patrimonio de la sociedad que resultó de la fusión (4.39%), lo cual consulta los principios de justicia, equidad y neutralidad tributaria así como su realidad económica, al reconocer que la estructura societaria que generó las pérdidas fiscales es diferente de la que resultó con la formalización del acuerdo de fusión y que obtuvo las rentas necesarias para la compensación.”

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

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

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

MECANISMOS PARA EFECTUAR LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR - Títulos de devolución de impuestos TIDIS / TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Naturaleza jurídica y objeto / NEGOCIACIÓN, ENAJENACIÓN O VENTA DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Procedencia y justificación / DIFERENCIA O MENOR VALOR ENTRE EL VALOR NOMINAL Y EL PRECIO DE VENTA O ENAJENACIÓN DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Naturaleza jurídica. Rectificación jurisprudencial / DIFERENCIA O MENOR VALOR EN NEGOCIACIÓN

DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Deducibilidad / DEDUCIBILIDAD DE LA DIFERENCIA O MENOR VALOR EN NEGOCIACIÓN DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Procedencia. Regla de unificación jurisprudencial / PROCEDENCIA DE LA DEDUCIBILIDAD DE LA DIFERENCIA O MENOR VALOR EN NEGOCIACIÓN DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Requisitos / DEDUCCIONES - Requisitos. Reiteración de jurisprudencia / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA DEDUCIBILIDAD DE LA DIFERENCIA O MENOR VALOR EN NEGOCIACIÓN DE TÍTULOS DE DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS TIDIS - Aplicación. Rige para los trámites pendientes de resolver en sede administrativa y judicial. No se aplica a conflictos ya decididos

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

Tesis: “[E]ntre los mecanismos de devolución de saldos a favor se encuentran los títulos de devolución de impuestos - TIDIS, que conforme al artículo 806 del Estatuto Tributario «solo servirán para cancelar impuestos o derechos administrados por las Direcciones de Impuestos o de Aduanas, dentro del año calendario siguiente a la fecha de su expedición». Por su parte, el artículo 862 ib., vigente para el periodo en discusión, reiteró que los TIDIS - que son activos y contablemente se registran como tales-, solo sirven para el pago de impuestos o derechos administrados por las direcciones de impuestos dentro del año calendario siguiente a su expedición, y precisó que en el plazo indicado su beneficiario también puede negociarlos en el mercado secundario mediante comisionista de bolsa. Así, aunque el fin de los títulos de devolución de impuestos se concreta en el pago de obligaciones fiscales, el legislador previó la posibilidad de negociarlos dentro de la dinámica fiscal del beneficiario de la devolución en el mercado secundario de valores bajo las reglas de la oferta y la demanda, frente a situaciones que inhiban la destinación señalada, como ocurre, entre otros, por la inexistencia de impuestos por pagar. No obstante, por sus condiciones particulares y ante la existencia de diferentes medios de pago de las obligaciones tributarias, es improbable que los TIDIS se enajenen a un valor superior al nominal, o incluso a uno similar, lo cual implica que la venta se realice a un precio inferior del que incorporan. En este caso, la diferencia entre el valor nominal y el precio de venta del título constituye un gasto financiero constituido por el menor valor que resulta de la negociación, a título de descuento, y que es necesario dentro de la dinámica fiscal prevista por el legislador para recuperar la liquidez del saldo a favor, lo cual repercute en la financiación y preservación del aparato productivo de los contribuyentes y está asociado al giro de los negocios, teniendo en cuenta el origen de dicho saldo. Por lo anterior, la Sala considera que el menor valor a título de descuento en la negociación de TIDIS es un gasto deducible, en tanto se acrediten los requisitos de las deducciones y los presupuestos de necesidad, que deberá examinarse «con criterio comercial», esto es, verificando «si la expensa resultaba requerida o provechosa para desarrollar la actividad empresarial», relación causal y proporcionalidad, establecidos en

el artículo 107 del Estatuto Tributario. En las condiciones señaladas, si bien se consideró que la diferencia en la venta de TIDIS no es una expensa necesaria que tenga relación de causalidad con la actividad generadora de renta, pues no tiene el «objetivo de poner los bienes o los servicios en condiciones de utilización o prestación», y se trata de «un ingreso en menor cuantía al valor del título enajenado», se rectifica la anterior posición pues, por ministerio de la ley, la negociación de títulos de devolución de impuestos forma parte de la dinámica fiscal de los contribuyentes, y el menor valor que resulta de su enajenación es un gasto financiero deducible a título de descuento, siempre que se acrediten los requisitos de las deducciones (...) [S]e advierte que ante la existencia de pronunciamientos divergentes sobre la deducibilidad de la diferencia generada por la venta de TIDIS, es necesario unificar la jurisprudencia sobre dicho aspecto. Por las anteriores razones, la Sala establece la siguiente regla de unificación aplicable a la deducibilidad de la diferencia que surge en la negociación de títulos de devolución de impuestos - TIDIS: 1.- El menor valor que resulta de la negociación de títulos de devolución de impuestos - TIDIS es deducible, siempre que se acrediten los requisitos establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario. (...) En el año gravable 2010, como devolución del saldo a favor del periodo anterior por la suma de \$11.234.241.000 originado por exceso de retenciones, la actora recibió TIDIS con ese mismo valor nominal, los cuales fueron negociados en el mercado secundario por \$11.209.525.670, lo que generó una diferencia de \$24.715.330, que fue rechazada por la Administración. La Sala considera que la diferencia por la negociación de TIDIS constituye un gasto financiero deducible a título de descuento, que cumple los requisitos de necesidad -vista con criterio comercial-, relación causal y proporcionalidad establecidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario, pues surgió de la dinámica fiscal de la contribuyente ante la imposibilidad de cumplir la destinación de los títulos -pago de obligaciones tributarias- por inexistencia de impuestos por pagar, para hacer líquido el saldo a favor objeto de la devolución y coadyuvar con la infraestructura productiva de la sociedad, teniendo en cuenta que el saldo aludido resultó de un exceso de retenciones, concepto, a su vez, asociado a actividades gravadas, circunstancia no controvertida por la DIAN”.

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

5. 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\(21329\).](#)