

EDICIÓN

249

DICIEMBRE DE 2021

# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



# #CEtrabajaencasa

PUBLICACIÓN MENSUAL  
ISSN: 2711-385X

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

**Marta Nubia Velásquez Rico**  
Presidenta Consejo de Estado

## COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate  
Hernando Sánchez Sánchez  
Sandra Lisset Ibarra Vélez  
Marta Nubia Velásquez Rico  
Jaime Enrique Rodríguez Navas  
Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz  
Myriam Stella Gutiérrez Argüello  
Óscar Darío Amaya Navas  
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**  
[Juan Sebastián Solarte Álvarez](#)  
**Acciones Constitucionales**  
[Pedro Javier Barrera Varela](#)  
[Camilo Augusto Bayona Espejo](#)  
[Juan Alejandro Suárez Salamanca](#)

## PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.  
Jurisprudencia y Conceptos.  
No. 249, diciembre de 2021  
ISSN: 2711-385X  
[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

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



# CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS.....	5
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	6
III. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	16
IV. SECCIÓN PRIMERA.....	24
V. SECCIÓN SEGUNDA.....	29
VI. SECCIÓN TERCERA.....	39
VII. SECCIÓN CUARTA.....	52
X. SECCIÓN QUINTA.....	65
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	72

# EDITORIAL

Con alegría y satisfacción presentamos la versión 249 del «Boletín del Consejo de Estado-Jurisprudencia y Conceptos», después de emitir once ediciones con las providencias más relevantes y actuales de la Corporación en este año 2021.

En esta versión, y como de costumbre, traemos una pequeña selección de las providencias reseñadas, con la única finalidad de invitarlos a consultar detalladamente la publicación.

En primer lugar, se resalta una acción constitucional en la que se consideró que el término de caducidad en el medio de control de reparación directa se debe contabilizar desde el momento en que la parte actora se encuentra en posibilidad de determinar la existencia del daño.

Por otro lado, la Sala Plena de la Corporación determinó que las opiniones y los votos de los congresistas, emitidos en el ejercicio del cargo, por regla general, no son objeto de sanción por vía del juicio de pérdida de investidura, en virtud del principio de inviolabilidad.

Así mismo, la Sección Primera declaró que es nulo el acto administrativo proferido por el Gobierno Nacional que señaló que “sólo” y “únicamente” serán exigibles los porcentajes de suelo para el desarrollo de programas de vivienda de interés social (VIS) e interés social prioritaria (VIP) en predios sujetos a los tratamientos urbanísticos de desarrollo y renovación urbana, éste último en la modalidad de redesarrollo.

La Sección Segunda, por su parte, aclaró que el cumplimiento de la sentencia que ordena el reintegro al servicio de un ejecutante que adquirió el estatus pensional, se concreta con el pago de los salarios y prestaciones sociales desde la desvinculación del servicio hasta su inclusión en la nómina de pensionados.

Finalmente, y en una decisión de trascendencia nacional, la Sección Quinta negó la nulidad del acto de elección del Defensor del Pueblo al concluir que el elegido cumple con las exigencias constitucionales y legales para desempeñar el cargo de Defensor del Pueblo y durante el proceso administrativo adelantado para declarar su elección no se incurrió en los cargos de nulidad expuestos por los actores.

Queremos agradecer, tanto a los nuevos suscriptores, como a nuestros lectores habituales por acompañar esta tarea pedagógica de actualización de conocimientos en derecho público que quiso ser extensa este año 2021.

Les deseamos una feliz navidad y un prospero año nuevo, colmado de disposición para realizar lecturas sosegadas y provechosas para la defensa de la justicia y el derecho.

# I. NORMAS ANULADAS

1. La Ordenanza 00133 de 2011, “Por medio de la cual se determina el presupuesto de rentas, gastos e inversiones del Departamento del Atlántico para la vigencia fiscal de 2012”, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico: Los artículos 22 y 23.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de octubre de 2021; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 08001-23-31-000-2012-90245-01. \(ver página 25 de este boletín\).](#)

2. El Decreto 075 de 2013, “Por el cual se reglamentan el cumplimiento de los porcentajes de suelo destinado a programas de Vivienda de Interés Social para predios sujetos a los tratamientos urbanísticos de desarrollo y renovación urbana y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio: Las expresiones “solo” y “únicamente” del artículo 3; la expresión “únicamente” del artículo 4; la palabra “solamente” del artículo 6; la expresión “únicamente” del artículo 7 y el artículo 17.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de noviembre de 2021; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2013-00292-00. \(ver página 26 de este boletín\).](#)

# ASUNTOS CONSTITUCIONALES

# ACCIONES DE TUTELA

## 1. El término de caducidad en el medio de control de reparación directa se debe contabilizar desde el momento en que la parte actora se encuentra en posibilidad de determinar la existencia del daño.

**Síntesis del caso:** *El juez de tutela de segunda instancia revocó una decisión de tutela en la que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la acción por incumplimiento del requisito de inmediatez. El juez de alzada determinó que sí se acredita el requisito de inmediatez porque se interpuso dentro del término prudencial que la jurisprudencia ha señalado como razonable. En relación con el fondo del asunto determinó que el término de caducidad en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe iniciarse a partir del momento en que se estaba en condición de determinar la existencia del daño. En el presente caso, desde el momento en que se registró en el certificado de tradición u libertad la novedad del cambio de propietario sobre el bien que suscitó el litigio. En este orden de ideas, el juez constitucional negó el amparo de los derechos fundamentales.*

### **ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / PROCEDIBILIDAD / REQUISITO DE INMEDIATEZ – Acreditación**

**Problema jurídico 1:** *¿Transcurrieron más de seis meses entre el día siguiente a la fecha de ejecutoria de la providencia emitida el 21 de enero de 2021 y la presentación de esta acción de tutela?*

**Tesis:** “En ese orden de ideas, el término para presentar la acción de tutela inició el 1.º de febrero de 2021 y venció el 2 de agosto del mismo año. Además, la acción de la referencia fue instaurada el 29 de julio de igual anualidad, esto es, dentro del término prudencial fijado jurisprudencialmente. Por tanto, la Subsección concluye que en el presente asunto se superó la exigencia general de inmediatez. En consecuencia, se revocará la decisión adoptada el 27 de septiembre de 2021 por la Subsección B de la Sección Tercera de esta corporación, en cuanto a declarar la improcedencia de la solicitud de amparo y, en su lugar, se estudiará de fondo.”.

### **CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / POSIBILIDAD DE DETERMINAR LA EXISTENCIA DEL DAÑO / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / INTERPRETACIÓN ADECUADA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL**

**Problema jurídico 2:** *¿El Tribunal Administrativo del Tolima efectuó un indebido análisis del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, en lo que respecta al cómputo de la caducidad del medio de control de reparación directa interpuesto por la parte accionante?*

**Tesis:** [A] efectuar el análisis de la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio del proveído del 12 de noviembre de 2020, se colige que la argumentación principal para confirmar el rechazo del medio de control de reparación directa consistió en que el término de caducidad debía iniciarse a partir del momento en que se podía determinar la existencia del daño. (...) [L]a Subsección concluye que la corporación judicial accionada concluyó acertadamente que el cómputo de la caducidad debía iniciarse a partir del momento en que se registró, en el certificado de tradición y libertad del inmueble multicitado, la novedad del cambio de propietario, ya que es desde ese momento que se estructuró el daño y no como lo alegan los accionantes, que el daño se produjo el 8 de junio de 2017 con la diligencia de entrega del bien, pues esta última circunstancia, tal como lo advirtió el Tribunal accionado, es una consecuencia del cambio de propietario, por lo que es desde el 12 de agosto de 2015 que debía contarse el término de caducidad. Por tanto, la Subsección considera que la autoridad accionada, al resolver el asunto puesto a su consideración, aplicó de manera razonada la normativa relacionada con el término para presentar la demanda de reparación directa y atendió a las características específicas del caso en concreto. En consecuencia, se colige que la autoridad judicial accionada no incurrió en la causal específica de defecto sustantivo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 25 de noviembre de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2021-04959-01(AC).

## **2. Improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para cuestionar a las autoridades de policía encargadas de adoptar medidas de conservación, mantenimiento y restablecimiento del orden público.**

**Síntesis del caso:** *El representante legal del Edificio Centro Comercial Los Héroes -P.H.- y Otros, formularon acción de tutela, como mecanismo preventivo para evitar la ocurrencia de hechos que configuren la inminencia de un perjuicio irremediable, contra la Presidencia de la República, la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Policía Nacional, por estimar que tales entidades vulneraron sus derechos fundamentales a la propiedad privada, a la vida, a la integridad física, a la seguridad personal, al mínimo vital y a la dignidad humana, al no brindarles efectiva protección frente a los actos vandálicos desplegados de manera coyuntural en las protestas llevadas a cabo en contra del Gobierno Nacional. Como fundamento alegó que, por razón de la insuficiencia de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y distritales de policía para impedir los hechos vandálicos perpetrados en contra del Centro Comercial Los Héroes, la única vía que resulta efectiva e idónea para la protección de los derechos del edificio y de los comerciantes que laboran en él, es la intervención vigorosa del juez constitucional en el marco de la acción de tutela, con la finalidad de promover la expedición de una decisión judicial definitiva y/o transitoria que afinque su análisis en las afectaciones generales que tiene el estado actual de cosas frente al núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de em-presa. Así mismo, puso de relieve que el derecho a la protesta, consagrado en el artículo 37 constitucional, no es absoluto y, en esa medida, el Estado colombiano está obligado a garantizar la seguridad de terceros frente a eventuales afectaciones causadas por manifestaciones y protestas en que se presenten bloqueos que afecten la libre circulación de personas o hechos violentos. En primera instancia, la Sección Primera del Consejo de Estado resolvió amparar el derecho a la propiedad privada del Edificio Centro Comercial Los Héroes -P.H.- y los derechos a la vida, integridad, seguridad personal, dignidad humana y libertad de empresa en conexidad con el derecho al trabajo de los demás accionantes, en su calidad de propietarios y/o administradores de varios establecimientos de comercio que operan en la referida unidad comercial.*

**ACCIÓN DE TUTELA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / PROCEDENCIA DEL DERECHO DE PETICIÓN / PRO-CEDENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CLASES DE ACCIÓN DE TUTELA / ACCIÓN DE TUTELA PREVENTIVA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TU-TELA COMO MECANISMO TRANSITORIO / AUSENCIA DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE / PARO NACIONAL / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL / MEDIDAS PARA LA PRESERVACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO / MEDIDAS PREVENTIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS – Labores de acompañamiento, interlocución y mediación / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE TUTELA**

**Problema jurídico:** *¿Verificar si la Presidencia de la República de Colombia, la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Policía Nacional, vulneraron los derechos constitucionales fundamentales invocados por los actores, al dejar de implementar en su favor medidas de protección eficaces e idóneas para prevenir la materialización de distintos actos de vandalismo de que han sido objeto en el marco de las jornadas de protestas que han tenido como punto de concentración de los manifestantes el Monumento a los Héroes.?*

Tesis: “[E]n el asunto en cuestión, los solicitantes formularon acción de tutela, “como mecanismo preventivo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”, contra la Presidencia de la República, la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Policía Nacional, por estimar que tales autoridades de policía quebrantaron sus derechos fundamentales a la propiedad privada, a la vida, a la integridad física, a la seguridad personal, al mínimo vital y a la dignidad humana al incurrir en una conducta omisiva, consistente en no brindarles efectiva protección frente a los “actos vandálicos” desplegados “de manera coyuntural en las protestas llevadas a cabo en contra del Gobierno Nacional”. (...) De esta suerte, y aun cuando nada dijeron los demandantes sobre haber acudido de manera previa ante las autoridades de policía por vía del ejercicio del derecho fundamental de petición a requerirles la adopción en su favor de medidas preventivas o de protección, lo que permite suponer que no han iniciado ningún tipo de actuación en este sentido, las aludidas acciones contenciosas harían parte del elenco de dispositivos legales idóneos al que todas las personas deben acudir, preferentemente, para garantizar la protección de sus derechos constitucionales, incluyendo los de raigambre fundamental, cuando quiera que sean amenazados o vulnerados por las autoridades públicas encargadas de ejecutar la prestación del servicio de protección, pues son cauces a través de los cuales puede debatirse más ampliamente la legalidad de sus procedimientos, el potencial enervamiento de los efectos nocivos que producen y, en últimas, si dan lugar a una eventual declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado. En esa medida, aun cuando el fallador de primera instancia en sede de tutela optó por conceder la protección constitucional solicitada por la parte actora, ordenándole, en consecuencia, a la Presidencia de la República, a la Alcaldía Mayor de Bogotá y a la Policía Nacional que “introdujeran en sus protocolos de movilizaciones y protestas acciones claras y concretas para garantizar los derechos de quienes no participan en las manifestaciones públicas”, lo cierto es que ello contrasta, de un lado, con los informes rendidos por la Secretaría Distrital de Gobierno de la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Policía Nacional, en los que se da cuenta de las diversas actuaciones que, acorde con sus funciones y competencias, han venido realizando a causa y con ocasión de las manifestaciones adelantadas en la ciudad de Bogotá, entre las cuales, como tuvo la oportunidad de detallarse en el acápite correspondiente, se encuentran labores de “acompañamiento, interlocución y mediación” articuladas con varios entes del Distrito para proteger los derechos tanto de quienes participan en las jornadas de protesta como de quienes no lo hacen, según lo indicado por las mismas acciones preventivas, concomitantes y posteriores previstas en el Decreto No. 003 de 2021. Por otro lado, lo decidido por el juez a quo a partir del hecho de estimar que las medidas de protección adoptadas como autoridades de policía no han sido suficientes para garantizar los derechos fundamentales invocados también contrasta, en cierto modo, con la limitación competencial del juez de tutela para sustituir a las autoridades de policía en su gestión administrativa de formular y aplicar distintas medidas de conservación, mantenimiento y restablecimiento del orden público y de la convivencia pacífica, así como para cuestionar, así sea con el propósito loable de proteger derechos fundamentales, puntuales decisiones que en la materia se adopten, a riesgo de considerar que el constituyente le confió al juez constitucional, por vía de tutela, “el poder omnímodo de decidir en todos los asuntos públicos”, incluyendo la conservación y mantenimiento del orden público, lo cual, además de injustificado, contradice abiertamente la Constitución Política. (...) Es así que los actos de vandalismo presentados en la zona aledaña al “Monumento a los Héroes” que fueron denunciados por la parte actora, y que tienen tal connotación ser un hecho notorio, han contado con el debido acompañamiento inicial de gestores de diálogo y de convivencia para precaver situaciones conflictivas y generar dinámicas de interlocución y mediación de los equipos, así como con el soporte de la Policía Metropolitana de Bogotá en forma articulada con los equipos de la Personería de Bogotá, la Defensoría del Pueblo y las Comisiones de Verificaciones de la Sociedad Civil, en consonancia con lo establecido en el Decreto Distrital 563 de 2015, que incorpora un protocolo de actuaciones para las movilizaciones sociales en Bogotá. (...) Por lo anteriormente expuesto, y contrario a lo decidido por la Sección Primera del Consejo de Estado, no se puede predicar de las autoridades de policía demandadas en el presente asunto la violación o amenaza de derecho fundamental alguno de los accionantes, debido a que no milita en el expediente prueba alguna que acredite que la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Policía Nacional han obrado en forma diversa a lo que demanda la ley o en contravía de los protocolos previstos para las movilizaciones sociales contenidos en los Decretos No. 003 de 2021 y 563 de 2015. (...) Con esa misma línea de orientación, en cuanto hace al caso concreto, tampoco por la vía del perjuicio irremediable es posible la procedencia, siquiera transitoria, de la presente acción de tutela, pues sus promotores no lograron demostrar la existencia de un perjuicio de tales características, y tampoco del análisis de los hechos es posible arribar a esa conclusión. Antes bien, lo que se vislumbra en esta causa son circunstancias fácticas que descartan la presencia de una situación permanente y grave de amenaza a los derechos fundamentales de los actores que exija la adopción de medidas de protección transitorias e impostergables, que a su vez deban ser tomadas de forma inmediata por parte del juez constitucional. Así pues, bajo esta perspectiva, claro está que sobre la base de actos u omisiones inexistentes, especulativos, eventuales o presuntos que no se han concretado en el mundo material y jurídico, no es posible acudir al mecanismo de amparo constitucional, en la medida en que “ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela”. Así las cosas, antes que decretar la configuración de la carencia actual de objeto por el advenimiento de un hecho superado, tal y como se solicitó en sede de impugnación, esta Sala habrá de revocar la sentencia del 29 de julio de 2021 proferida por

la Sección Primera del Consejo de Estado, en cuanto concedió la protección constitucional solicitada por la parte actora para, en su lugar, declarar la improcedencia del recurso formulado tanto por la existencia de otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir la parte actora para cuestionar a las autoridades de policía en-cargadas de adoptar medidas de conservación, mantenimiento y restablecimiento del orden público, como por la limitación competencial del juez de tutela para sustituirlas en su gestión administrativa de definición de intensidad o eficacia de las mismas.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 8 de noviembre de 2021, C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 11001-03-15-000-2021-02469-01\(AC\).](#)

## ACCIONES POPULARES

**Se ordena a Serfinco restituir al municipio de Silvia, Cauca, la pérdida de excedentes financieros de recursos de la salud que sufrió el municipio.**

**Síntesis del caso:** *El exalcalde y el exsecretario financiero del municipio de Silvia, Cauca, ejercieron la acción popular, para que: i) se ordenara a Serfinco y a Probolsa reintegrar al ente territorial las pérdidas generadas, luego de haber invertido 1.500 millones de pesos del sistema general de participaciones de la salud en el mercado de valores, a través de una sociedad no autorizada por la Superintendencia Financiera; ii) la suspensión de un proceso disciplinario que, por estos hechos, cursaba contra los accionantes. El Consejo de Estado, en segunda instancia, ordenó a Serfinco SA pagar al municipio cerca de 257 millones de pesos para restablecer el derecho a la defensa del patrimonio público y ordenó al municipio desarrollar capacitaciones sobre las condiciones mínimas de seguridad, idoneidad y de riesgo en la inversión de los excedentes de liquidez del sector salud.*

**MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE VALORES / MERCADO BURSÁTIL / EXCEDENTE FINANCIERO / RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES / RECURSOS DEL SECTOR SALUD – Inversión en entidad no vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL – De Probolsa**

**Problema jurídico 1:** *¿Se vulneró el derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público, debido a la disminución de los recursos públicos destinados al sector de la salud que sufrió el municipio de Silvia, como consecuencia de la puesta en funcionamiento del atípico esquema de inversión, que fue diseñado por Probolsa?*

**Tesis:** “El derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público fue vulnerado por Probolsa, Serfinco y los servidores públicos del municipio de Silvia, porque el incumplimiento de los deberes profesionales a cargo de la comisionista de bolsa contribuyó, facilitó y permitió que Probolsa se apropiara de la diferencia entre el valor girado por la entidad y el valor realmente invertido de los recursos públicos, al privilegiar los intereses económicos de una sociedad comercial que no estaba autorizada por el Estado. Por su parte, la negligencia extrema de los señores [G.E.P.P. y [K.A.C.V.] incidió en el detrimento patrimonial del municipio, pues desconocieron las condiciones mínimas de seguridad exigidas para la colocación o inversión de los excedentes de liquidez de la entidad territorial. (...) [E]l patrimonio público debe gestionarse de conformidad con el principio de eficiencia y transparencia de la función administrativa, el cual debe interpretarse a partir del marco jurídico que lo desarrolla, entre ellos, las normas presupuestales, la destinación de los recursos y las obligaciones que surgen de las operaciones bursátiles que realizan los entes territoriales. (...) [D]esde septiembre de 2007 el municipio de Silvia estableció relaciones comerciales con Probolsa y con Serfinco. La administración local de esa época celebró una operación de nota estructurada por valor de \$500.000.000 con Probolsa, que generó rendimientos trimestrales por la suma de \$11.473.000. Para realizar el negocio anterior, el municipio abrió una cuenta en Serfinco, autorizó a esta sociedad para realizar operaciones de inversión y

consultar las centrales de riesgo, firmó un contrato de administración de valores para la suscripción en Deceval S.A., registró las firmas y declaró el origen de los fondos de la entidad territorial. (...). Probolsa no estaba autorizada para realizar operaciones de intermediación y que el instrumento propuesto realmente no tenía el carácter de una nota estructurada en los términos de la regulación vigente de ese momento. La propuesta de “nota estructurada” fue aceptada por el municipio de Silvia y mediante consignación bancaria de 1 de febrero de 2008 depositó a Probolsa, la suma de \$1.500.000.000, que eran recursos públicos provenientes de excedentes financieros del sistema general de participación en salud. (...) [L]os servidores públicos del municipio no realizaron estudios de riesgos y no verificaron las condiciones mínimas de seguridad e idoneidad de Probolsa, para recibir los recursos públicos (...). El municipio de Silvia recibió de Serfinco y Probolsa la suma de \$1.000.000.000 por concepto de capital invertido y el monto de \$77.025.413 por concepto de rendimientos financieros (...). [E]stos pagos no fueron inmediatos y Probolsa manifestó que no pudo cancelar la totalidad del valor solicitado, debido a que, por error, fueron consignados a otro municipio. (...) El 30 de diciembre de 2008, el alcalde presentó una solicitud ante el agente liquidador de Probolsa para obtener el pago de la suma de \$500.000.000 reinvertida de conformidad con la solicitud de 31 de julio de 2008. El 12 de diciembre de 2008 (...) la Intendencia Regional de Cali de la Superintendencia de Sociedades reconoció el crédito del municipio de Silvia por valor de \$500.000.000, dentro del proceso de liquidación de Probolsa. El 18 de marzo de 2010 (...) se declaró terminado el proceso de liquidación de Probolsa. De conformidad con el informe de rendición de cuentas final del liquidador, por falta de recursos, no fue posible pagar la acreencia de \$500.000.000 reconocida. El 9 de enero de 2009 el señor [G.E.P.P.], en su calidad de alcalde municipal de Silvia y el señor [H.J.B.L.], en su calidad de representante legal de Probolsa, suscribieron un acuerdo de pago. En virtud de este acuerdo (...), se comprometieron a pagar la suma de \$500.000.000 reinvertida por el municipio a través de Probolsa en dos instalamentos así: (i) \$300.000.000 representados en títulos TES, el 30 de abril de 2009 y; (ii) \$200.000.000 representados en títulos TES, el 30 de julio de 2009. (...). [L]a Superintendencia Financiera mediante la Resolución 1608 de 6 de agosto de 2010 sancionó al señor [H.J.B.L.] como representante legal de Probolsa, por haber utilizado una denominación dirigida al público, que causó confusión sobre la legitimación de esa sociedad para realizar operaciones de corretaje. Determinó que no estaba inscrita en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores (RNAMV), que no estaba facultada para celebrar operaciones de valores y que afectó los intereses de los inversionistas del mercado, en particular, por el efecto económico que tuvo sobre algunas entidades públicas. A pesar de que no existe duda sobre la apropiación de los recursos públicos por parte de Probolsa, la Sala no puede imputarle responsabilidad porque esa sociedad comercial se extinguió y fue desvinculada durante el curso de este proceso por no tener capacidad legal para ser parte.”

## **MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / MERCADO BURSÁTIL / EXCEDENTE FINANCIERO / RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES / RECURSOS DEL SECTOR SALUD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL – De Serfinco**

**Problema jurídico 2:** *¿Se vulneró el derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público, debido a la disminución de los recursos públicos destinados al sector de la salud que sufrió el municipio de Silvia, como consecuencia de la puesta en funcionamiento de un esquema de inversión ejecutado y coordinado con Serfinco en su calidad de comisionista de bolsa?*

**Tesis:** “En relación con Serfinco, la Sala encuentra que fue sancionado por incumplir su deber de asesoría, de información y por haber actuado en conflicto de intereses. De esta manera, está probado que a pesar de que conocía que los intereses de Probolsa y el municipio de Silvia eran incompatibles, decidió privilegiar a esa sociedad comercial que no estaba autorizada para realizar ese tipo de operaciones (...) Ese incumplimiento de deberes en el marco de la ejecución coordinada de la operación por parte de Serfinco tuvo una incidencia directa en la afectación del patrimonio público del municipio de Silvia, pues su participación fue trascendental y esencial para facilitar que Probolsa le provocará un detrimento patrimonial al municipio de Silvia. (...) [E]l hecho de que Serfinco no se hubiera apropiado de los recursos del municipio de Silvia no elimina el efecto determinante que tuvo su conducta en la afectación del patrimonio público de la entidad territorial. Por esta razón, las acciones y omisiones que provocaron una indebida gestión de los recursos y la mengua del patrimonio público deben ser objeto de responsabilidad. (...) Serfinco no puede desligarse de su responsabilidad patrimonial frente a la vulneración del patrimonio público, porque coordinó de manera conjunta la operación y privilegió los intereses de Probolsa al no asesorar e informar sobre los alcances de dicha operación al municipio. (...) [L]a gerente de inversiones [J.I.] de Serfinco conocía de manera anticipada el alcance de la operación y comprendía la dinámica del negocio, pues sabía que el dinero girado por la entidad territorial era superior a los recursos públicos realmente invertidos por el municipio. Ella fue sancionada por la Superintendencia Financiera y despedida por Serfinco al encontrar que transgredió las normas de orden público económico, incumplió sus deberes y obligaciones contractuales. (...) [E]l municipio de Silvia no podía considerarse como cliente profesional, por lo que, Serfinco estaba obligada a cumplir su deber de asesoría.

No era suficiente realizar una simple confirmación telefónica, sino que como profesional del mercado bursátil debía dar recomendaciones o sugerencias previas a cada una de las operaciones y determinar el perfil de riesgo de los clientes, entre otras obligaciones. (...) La Sala no comparte esas apreciaciones porque el esquema de inversión utilizado no puede analizarse de manera aislada y desarticulada, pues Serfinco debía cumplir con sus deberes en el marco del contrato de comisión y abstenerse de privilegiar los intereses económicos de Probolsa. De haber cumplido los deberes exigidos frente al municipio de Silvia los hechos hubieran sido distintos. Se reitera que el papel de Serfinco fue trascendental para que Probolsa se quedara con los recursos públicos. (...) No son de recibo los argumentos relacionados con los presuntos engaños ocasionados por las sociedades comerciales involucradas en la operación, porque ellos estaban facultados desde un principio para verificar la idoneidad de Probolsa y las condiciones de seguridad de la inversión. Tampoco exonera de responsabilidad a los accionantes el incumplimiento de los deberes profesionales de Serfinco, porque la negligencia extrema de los servidores públicos fue determinante en la mengua del patrimonio público de Silvia. El hecho de que el municipio hubiera establecido vínculos con Probolsa y Serfinco con anterioridad a la inversión que generó la disminución del patrimonio público no exonera de responsabilidad a las accionantes, toda vez que, cada operación que involucre el uso de los recursos públicos debe gestionarse de manera específica y conforme con las condiciones de seguridad, eficiencia y transparencia de cada una de ellas. Por esta razón, los funcionarios estaban obligados comprobar y verificar la idoneidad de la persona jurídica que recibiría los recursos públicos y el alcance que tendría esta operación.”

### **MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / MERCADO BURSÁTIL / EXCEDENTE FINANCIERO / RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES / RECURSOS DEL SECTOR SALUD – Inversión en entidad no vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia**

**Problema jurídico 3:** *¿Se vulneraron los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, debido a la disminución de los recursos públicos destinados al sector de la salud que sufrió el municipio de Silvia, como consecuencia de la puesta en funcionamiento de un esquema de inversión ejecutado y coordinado con Serfinco en su calidad de comisionista de bolsa?*

**Tesis:** “La Sala comparte las consideraciones del fallo de primera instancia sobre la vulneración de la moralidad administrativa, porque la actuación administrativa en cabeza de los servidores públicos [G.E.P.P.] y [K.A.C.V.] en su calidad de alcalde y secretario financiero respectivamente, desconoció de manera grosera las condiciones mínimas de seguridad para invertir los excedentes de liquidez del municipio. Es importante aclarar que, en este caso, la actuación de los servidores públicos coincide y representa al municipio de Silvia, toda vez que, la entidad territorial responde por los actos de sus dependientes. La Sala encuentra que la actuación de los servidores públicos, y, por ende, del municipio contrario los principios de la función administrativa, al permitir que los recursos públicos sirvieran para incrementar de manera injustificada el patrimonio de una sociedad comercial que no estaba autorizada por el Estado para realizar operaciones de intermediación. La moralidad administrativa es un derecho e interés colectivo consagrado en el artículo 88 constitucional y un principio de la función administrativa establecido en el artículo 209 constitucional. El entendimiento actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado establece que es necesario hacer un análisis de los elementos objetivo y subjetivo. El primer elemento se ha entendido como un “quebrantamiento del ordenamiento jurídico”, que puede manifestarse, por violación de una norma jurídica o de un principio general del derecho. El segundo elemento se ha comprendido como un juicio de reproche frente a la conducta de los servidores públicos. No obstante, la Sala advierte que la comprensión jurisprudencial de la moralidad administrativa no se encuentra restringida únicamente a la ilegalidad de una actuación administrativa, toda vez que, hay escenarios en los que en aplicación de normas jurídicas se construyen estructuras legales, que contrarían los principios de la función administrativa y que persiguen un beneficio personal que no puede ser amparado por el derecho. En relación con la comprensión del elemento subjetivo la Sala debe aclarar que, las exigencias probatorias en las acciones populares no están dirigidas a identificar el aspecto volitivo del servidor público. Por esta razón, el juez popular no tiene competencia para hacer juicios personales o subjetivos de la conducta de los servidores involucrados en la actuación administrativa con la misma intensidad que ocurre en materia penal, disciplinaria y fiscal, de ahí que, el estándar probatorio para establecer su configuración sea distinto (...). A partir del alcance anterior de la moralidad administrativa, en este caso, está acreditado que los servidores públicos que representaban al municipio de Silvia para desarrollar la inversión ignoraron el artículo 355 constitucional y las normas básicas del mercado de valores, al celebrar una operación con una sociedad comercial que no estaba autorizada por el Estado para recibir e invertir recursos públicos. (...) Está demostrado que los servidores públicos involucrados en la inversión no realizaron un estudio de riesgo respecto de Probolsa, no exigieron garantías y reinvertieron los recursos sin haber recibido el primer monto de la inversión. Por estos hechos, los accionantes fueron condenados

disciplinariamente. En relación con el elemento subjetivo de la moralidad administrativa, la Sala encuentra que la conducta de los servidores públicos a cargo y en representación de las inversiones del municipio Silvia contribuyó de manera determinante a que una sociedad comercial incrementara su patrimonio de manera injustificada y en detrimento de los recursos públicos del ente territorial. Esos recursos fueron destinados para una finalidad distinta, que contrario los intereses generales del municipio y que impidió su destinación en el sector salud. (...) En ese sentido, la Sala encuentra que la actuación administrativa del municipio de Silvia en cabeza del alcalde y el secretario financiero no fue transparente y obraron de manera irresponsable, a tal punto que, la jefe de control interno le enviara a [K.A.C.] el oficio de 23 de diciembre de 2008, en el que le manifiesta su asombro y preocupación por el uso de esos recursos.”

### **RESPONSABILIDAD EN LA ACCIÓN POPULAR / NATURALEZA RESTITUTORIA DE LA ACCIÓN POPULAR / CONDENACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / RESTITUCIÓN DE EXCEDENTES FINANCIEROS – Al municipio de Silvia / RECURSOS DE LA SALUD / CAPACITACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO / DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO**

**Problema jurídico 4:** *¿Resulta procedente condenar a Serfinco, porque su participación en la ejecución de la operación contribuyó y privilegió los intereses económicos de Probolsa, a restituir al municipio de Silvia, Cauca, la pérdida de excedentes financieros de recursos de la salud que sufrió este último?*

**Tesis:** “La Ley 472 de 1998 faculta al juez para emitir órdenes de hacer o no hacer, mediante las cuáles se define la conducta pertinente para proteger el derecho e interés colectivo vulnerado o amenazado y evitar que se repitan las acciones trasgresoras de tales derechos o intereses. Asimismo, la acción popular tiene un carácter restitutivo, que le permite al juez emitir órdenes para volver las cosas al estado anterior a la violación del derecho en aquellos casos en que fuera posible, porque de no serlo procedería una indemnización. Teniendo en cuenta el grado de participación de Serfinco, Probolsa y el municipio de Silvia por medio de sus servidores públicos, la Sala encuentra que no puede condenar al pago de los perjuicios a Probolsa porque esta sociedad fue liquidada y desvinculada de este proceso. Tampoco puede imponerle la totalidad del pago de los perjuicios al municipio, de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998 y porque concurriría la calidad de deudor y acreedor en el municipio de Silvia respecto de la parte sobre la cual es responsable. No obstante, puede condenar a Serfinco por la tercera parte del detrimento patrimonial, conforme a la incidencia que tuvo en la vulneración del derecho e intereses colectivo. A partir de los derechos vulnerados, la Sala le impone la obligación a Serfinco de pagar la tercera parte de la suma de \$ 500.000.000 actualizada, esto es, el monto de \$166.666.666 actualizados en favor del municipio de Silvia, que corresponde a un tercio de los recursos que no fueron realmente invertidos por Probolsa y que Serfinco contribuyó a que ingresaran al patrimonio de esta, al incumplir sus deberes como comisionista de bolsa, y especialmente, por privilegiar los intereses de una sociedad comercial que no estaba autorizada por el Estado. Se reitera que, sobre este monto de la condena el municipio no se considera una entidad pública culpable. Es importante destacar que, el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, establece que la condena de los perjuicios se hará “in genere” y se liquidará conforme al incidente del artículo 307 del CPC (hoy 283 del CGP). Sin embargo, en este caso, la Sala tiene elementos suficientes de juicio para establecer con certeza una condena concreta. Asimismo, no se puede desconocer que la naturaleza del derecho e intereses colectivo vulnerado permite su cuantificación, porque en este proceso el patrimonio público se representa a través del detrimento de una suma determinada de recursos públicos, que es medible y cierta. (...) En ese sentido, para restituir las cosas al estado anterior la Sala le concederá el plazo de 6 meses a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que realice el pago del dinero actualizado, sin perjuicio de que el municipio de Silvia establezca un método de pago distinto para cumplir la obligación de dar que se impone en esta Sentencia. (...) En relación con la vulneración de la moralidad administrativa se ordenará al municipio de Silvia difundir el contenido de esta Sentencia entre los servidores de la entidad territorial y los habitantes de la población. Asimismo, le pide su colaboración para que desarrolle capacitaciones con las personas encargadas de manejar el patrimonio público de la entidad territorial, con el objetivo de que conozcan con claridad las condiciones mínimas de seguridad, idoneidad y de riesgo en la inversión de los excedentes de liquidez del sector de la salud.”

### **Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz**

### **SALVAMENTO DE VOTO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR PARA FORMULAR PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS**

**Tesis:** “La recuperación del dinero invertido por parte del Municipio de Silvia a través de Probolsa y el perjuicio sufrido como consecuencia de tal operación, estructuran pretensiones patrimoniales propias y particulares. Es el Municipio el que se encuentra legitimado para formularlas mediante la acción judicial correspondiente; tales

reclamaciones no pueden ser impetradas por cualquier persona invocando la violación del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público e instaurando una acción popular con tal propósito. (...) El artículo 4 de la Ley 472 de 1998 incluye dentro de los derechos e intereses populares cuya defensa puede intentarse a través de la acción popular, los relativos al espacio público y los bienes de uso público (literal d) y el patrimonio público (literal e). De esta enumeración debe deducirse que, a diferencia de lo que ocurría en la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil, mediante la cual los particulares podían acudir en defensa únicamente de los bienes de uso público, en la acción popular regulada por la Ley 472 de 1998 dicha acción procede también respecto de todos los bienes patrimoniales del Estado, incluyendo los bienes fiscales. Si se admite que cada vez que resulten afectados los intereses patrimoniales de una entidad estatal puede acudirse a la acción popular, habría que concluir que en todos los eventos en que dichas entidades están legitimadas para defender sus propios intereses acudiendo a las acciones legales correspondientes, también lo está cualquier particular para perseguir dicha defensa mediante una acción popular. (...) En este caso, los accionantes, en su condición de exalcalde y exsecretario financiero del Municipio de Silvia, interpusieron una acción popular con el fin de obtener para el municipio el reintegro de unas sumas de dinero invertidas en una operación de <<nota estructurada>> realizada a través de Probolsa con participación de Serfinco. Por lo tanto, en la medida en que se están discutiendo pretensiones patrimoniales propias del municipio, es claro que no nos encontramos frente a la violación del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público ni era procedente formular las pretensiones indemnizatorias impetradas por los accionantes.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia del 2 de junio de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 19001-33-31-002-2011-00399-02 \(AP\), S.V. Martín Bermúdez Muñoz.](#)

## ACCIONES DE CUMPLIMIENTO

**El Gobierno Nacional ha omitido su obligación de reglamentar aspectos relacionados con el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las tierras de las “Comunidades Negras”.**

**Síntesis del caso:** *Por medio de la Ley 70 de 1993, el Estado Colombiano reconoció los derechos étnicos, territoriales, ambientales, mineros, socioeconómicos, políticos y culturales de las comunidades negras de Colombia, como grupo étnico. Luego de 27 años y 6 meses después de la vigencia de la Ley 70 de 1993, el gobierno nacional no ha reglamentado lo relacionado con de los capítulos IV (ambiental), V (minería), VI (identidad étnica y cultural), VII (desarrollo económico), y VIII (participación política y fortalecimiento organizativo) de la ley en comento.*

**IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / EXISTENCIA DE UN MANDATO IMPERATIVO E INOBJETABLE / POTESTAD REGLAMENTARIA / ÁREAS ADJUDICADAS COLECTIVAMENTE A LAS COMUNIDADES NEGRAS QUE SE CONSTITUYAN EN RESERVAS NATURALES ESPECIALES / ÁREAS MINERAS ADJUDICADAS COLECTIVAMENTE A COMUNIDADES NEGRAS / CUENCAS HIDROGRÁFICAS BENEFICIARIAS DE LA TITULACIÓN COLECTIVA / PLAZO PARA EJERCER LA POSTESTAD REGLAMENTARIA – Seis (6) meses / MECANISMOS ESPECIALES FINANCIEROS Y CREDITICIOS PARA COMUNIDADES NEGRAS / PROGRAMAS DE CRÉDITO Y ASISTENCIA TÉCNICA PARA COMUNIDADES NEGRAS / INEXISTENCIA DE UN MANDATO IMPERATIVO E INOBJETABLE**

**Problema jurídico:** *“¿El gobierno nacional ha incumplido su deber de reglamentar los capítulos IV (ambiental), V (minería), VI (identidad étnica y cultural), VII (desarrollo económico), y VIII (participación política y fortalecimiento organizativo) de la Ley 70 de 1993?”*

**Tesis:** “En el presente asunto, es claro para la Sala que las normas que se piden hacer cumplir contienen la obligación a cargo del Gobierno Nacional de expedir las reglamentaciones correspondientes a las previsiones de la Ley 70 de 1993 sobre: i) los requisitos para la conformación de los Consejos Comunitarios (artículo 5), ii)

las áreas adjudicadas colectivamente a las comunidades negras, que se constituyan en reservas naturales especiales (artículo 25), iii) el capítulo V de la Ley 70 de 1993 sobre recursos mineros (artículo 31), iv) la Comisión Consultiva de alto nivel (artículo 45), v) cuencas hidrográficas beneficiarias de la titulación colectiva (artículo 59). (...) Las demandadas aluden en la impugnación que el artículo 39 de la Ley 70 de 1993 se reglamentó mediante el Decreto 1122 de 1998; el artículo 40 por medio del Decreto 1627 de 1996, el artículo 42 a través del Decreto 2249 de 1995 y el Decreto 3050 de 2002 el artículo 57, razón por la cual debe concluirse que no ha desatendido sus obligaciones. No obstante, debe precisarse que dichas normas no son las que se invocaron en las pretensiones de la demanda como carentes de reglamentación sino otras por lo que tal argumentación no es suficiente para entender como satisfecho el deber que se reclama. Por el contrario, observa la Sala que las autoridades accionadas aceptaron que todavía falta concluir la reglamentación total de la Ley 70 de 1993 como lo informaron en sus impugnaciones y en particular en cuanto a los artículos 25, 31 y 59, pues si bien no se desconocen los “ingentes esfuerzos”, lo cierto es que actualmente no existe regulación frente a esas materias la cual debió expedirse hace más de 27 años, circunstancia que era la que correspondía acreditar en este proceso. (...) [D]ebe precisarse que en cuanto a los artículos 52, 55 y 60 de la Ley 70 de 1993, referentes a i) mecanismos especiales financieros y crediticios, ii) programas de crédito y asistencia técnica y iii) que la reglamentación de la ley se realice teniendo en cuenta las recomendaciones de las comunidades negras, debieron negarse las pretensiones de la demanda en la parte resolutive de la sentencia que se impugna por cuanto dichas disposiciones no contienen el verbo rector “reglamentar” sino que refieren a diseñar, adecuar y tener en cuenta las recomendaciones de las comunidades negras, respectivamente, por lo que no es posible ordenar su obediencia porque no contienen de forma expresa el mandato imperativo e inobjetable a cargo del Gobierno Nacional de regular dicha disposición o materia sino de otro carácter, que tienen otros alcances y que implican el ejercicio de funciones diferentes a la que se pretendió y no explícitamente al ejercicio de potestad reglamentaria.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 14 de octubre de 2021; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 19001-23-33-000-2021-00086-01 \(ACU\).](#)

# SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

# 1. Las opiniones y los votos de los congresistas, emitidos en el ejercicio del cargo, por regla general, no son objeto de sanción por vía del juicio de pérdida de investidura, en virtud del principio de inviolabilidad.

**Síntesis del caso:** *En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del congresista Gustavo Francisco Petro Urrego, un grupo de ciudadanos solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación al régimen de incompatibilidades de los congresistas.*

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE CONFLICTO DE INTERESES – Constituye una causal de pérdida de investidura / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES - No es posible extender el alcance de la sanción de pérdida de investidura a los asuntos no establecidos de manera precisa como causal / PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD / OPINIONES Y VOTOS DE LOS CONGRESISTAS – Por regla general no son objeto de la sanción de pérdida de investidura**

**Problema jurídico:** *¿El senador Gustavo Francisco Petro Urrego incurrió en violación al régimen de incompatibilidades y, por lo tanto, en la causal primera de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución Política, como lo alega el demandante o si, como lo decidió la Sala Especial de Decisión 23 en la sentencia apelada, las conductas endilgadas al congresista demandado no se encuadran dentro de los presupuestos normativos de la mencionada causal?*

**Tesis:** “[A] tenor de lo dispuesto en el artículo 185 de la Constitución Política, las opiniones y los votos de los congresistas, emitidos en el ejercicio del cargo, por regla general, no son objeto de sanción por vía del juicio de pérdida de investidura, en virtud del principio de inviolabilidad, “sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo”. Constituiría un motivo de pérdida de investidura si por el voto emitido incurre en violación al régimen de conflicto de intereses, el cual se constituye en un límite a la figura de la inviolabilidad en los votos y opiniones de los congresistas. En efecto, al margen del conflicto de intereses, es posible que la opinión de un congresista contraríe un deber consagrado en la Ley 1828 de 2017, lo que podría traerle como consecuencia la adopción de una sanción disciplinaria con arreglo a dicho estatuto; pero en ningún caso, podría acarrearle la pérdida de su investidura, toda vez que no solamente en ello radica la esencia de la inviolabilidad sino que, además, no sería constitucionalmente posible extender su alcance, que, como ya se dijo, es restringido. (...) Por todo lo anterior, no es necesario efectuar mayor esfuerzo, al comparar las opiniones dadas por el senador Gustavo Petro con las precisas y estrictas causales de incompatibilidad predicables de los congresistas, previstas en el artículo 180 de la Carta Política, para concluir que los hechos en que se fundan los cargos de la demanda no encajan típicamente con ninguna de las precisas descripciones definidas por la Constitución y la ley 5 de 1992, como tampoco tienen alcance dentro de los elementos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación, para ser considerados como conductas prohibidas durante el ejercicio del cargo, sancionables con la pérdida de investidura. Por consiguiente, el llamado a la desobediencia civil, al no pago de los servicios públicos, y el supuesto “irrespeto” al Presidente de la República y a otros dignatarios del Estado, efectuado por parte del Senador Gustavo Francisco Petro Urrego, no constituye, de manera categórica, una violación al régimen de incompatibilidades de los congresistas”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre los deberes y derechos de los congresistas, ver: Corte Constitucional, sentencia C-025 de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

**NOTA DE RELATORÍA 2** Sobre el deber del actuar del congresista “consultando la justicia y el bien común”, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de julio de 2015. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Expediente 11001-03-15-000-2014-00105-00(PI).

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre el principio de taxatividad, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de julio de 1999, rad. AC-7715. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 20 de octubre de 2021; C.P. Cesar Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2020-03359-01\(PI\) \(ACUMULADO\)](#)

**Aclaración de voto conjunta de los consejeros Guillermo Sánchez Luque, Martín Bermúdez Muñoz, Marta Nubia Velásquez Rico, Alberto Montaña Plata, Jaime Enrique Rodríguez Navas y Pedro Pablo Vanegas Gil**

**OBITER DICTUM – Al no tener relación directa con la razón de la decisión no podrá ser tenido en cuenta como criterio para resolver casos futuros**

**Problema jurídico:** *¿El senador Gustavo Francisco Petro Urrego incurrió en violación al régimen de incompatibilidades y, por lo tanto, en la causal primera de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución Política, como lo alega el demandante o si, como lo decidió la Sala Especial de Decisión 23 en la sentencia apelada, las conductas endilgadas al congresista demandado no se encuadran dentro de los presupuestos normativos de la mencionada causal?*

**Tesis:** “Como era más que evidente que los hechos que alegó el solicitante no configuraron una violación al régimen de incompatibilidades de los congresistas (arts. 180 y 183.1 CN), la Sala no podía ocuparse de temas ajenos a la causal como la libre expresión, las notas de prensa, las columnas de opinión, o los editoriales. Tampoco había que acudir al artículo 185 CN. De modo que todas esas consideraciones, incluidas las relacionadas con la inviolabilidad congresional, no tienen relación directa con la razón de la decisión y constituye un obiter dictum”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 20 de octubre de 2021; C.P. Cesar Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2020-03359-01\(PI\) \(ACUMULADO\)](#)

## **2. En las acciones populares iniciadas antes de la expedición de la Ley 1437 de 2011, el juez no tiene la facultad de anular los contratos administrativos que considere causa de la amenaza o violación de derechos colectivos.**

**Síntesis del caso:** *En ejercicio del medio de control de acción popular, el señor Alfredo Cano Córdoba, instauró demanda con el fin de obtener el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y, al de los consumidores y usuarios, los cuales estimó vulnerados por el presunto incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960 por parte de las Centrales Eléctricas de Nariño - CEDENAR S.A - E.S.P.*

**REVISIÓN EVENTUAL DE ACCIÓN POPULAR – Necesidad de unificar la jurisprudencia / ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / NULIDAD DEL CONTRATO – El juez de la acción popular no tiene la facultad de decretar la nulidad de contratos administrativos, aunque la acción se haya iniciado bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984 / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / ACCIÓN POPULAR – Carácter y fines / ACCIÓN POPULAR – Competencia funcional / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / El juez popular no tenía la facultad de declarar la nulidad de contratos estatales / ACCIÓN POPULAR - El juez posee la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer, diferente a la nulidad del contrato, con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados**

**Problema jurídico 1:** *¿Es procedente anular un contrato administrativo mediante la acción popular cuando es la causa directa de violación o amenaza de un derecho colectivo en las demandas presentadas bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984?*

**Tesis:** “Teniendo en cuenta que para los casos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984 no existe la prohibición, que sí contempla la Ley 1437 de 2011 y que la jurisprudencia de esta Corporación no ha sido pacífica, como más adelante se explica, en lo que tiene que ver con la posibilidad de que el juez popular pueda

anular contratos de la administración, cuando evidencia la vulneración de un derecho colectivo en las acciones populares iniciadas en vigencia del C.C.A, ni respecto de las medidas que se pueden tomar y su incidencia en las garantías o intereses colectivos, resulta necesario unificar la posición al respecto. Esto con el fin de determinar cuál es la tesis que debe seguir aplicándose a dichos procesos. (...) En criterio de la Sala Especial de Decisión, en las acciones populares iniciadas en vigencia del Decreto 01 de 1984 la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tiene facultad para decretar la nulidad de contratos administrativos que se consideren causa de la amenaza o violación de derechos colectivos. En estos casos, el juez tiene la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro de ello. (...) [A]tendiendo aspectos tales como el carácter principal y fines diferentes de la acción popular respecto de las acciones ordinarias, el alcance y aplicación especial del principio de congruencia en esta clase de procesos y razones de seguridad jurídica y de orden procesal, la Sala considera que en el caso en que se acredite la violación de la ley que configurara la nulidad del contrato y ello implique la vulneración de la moral administrativa u otra garantía colectiva, en vigencia del C.C.A el juez popular no tenía la facultad de declarar su nulidad. En cambio, poseía la posibilidad de emitir cualquier otra orden de hacer o no hacer con el fin de proteger o garantizar los derechos e intereses colectivos vulnerados, o que estén en inminente peligro. La Sala reconoce y destaca el importante avance de la jurisprudencia de la Corporación sobre la protección de las garantías populares; no obstante, considera que la interpretación de las normas analizadas en precedencia es la que mejor se ajusta al objeto y fin de la acción popular prevista en la Ley 472 de 1998, para prevenir que en sede popular el operador judicial exceda el límite de su competencia funcional, en cuanto el propósito principal de la acción popular es la protección de los derechos colectivos no el determinar la legalidad de los contratos (...)."

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las facultades de la acción popular respecto al medio de control de controversias contractuales, ver: Consejo de Estado, sentencia IJ del 9 de diciembre de 2003, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, radicación número 25000232600020021204-01(AP)IJ; Sección Tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, radicación número 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP-01588); Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, radicación número 16001 23 31 000 2005 02130 01 (AP), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Sección Quinta, sentencia del 6 de noviembre de 2013, radicación número 11001-33-31-022-2009-00363-01(AP)REV, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro (E).

### **CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES - La calidad de accionista presupone la efectiva realización de un aporte al capital de la sociedad anónima o la adquisición de la acción por alguno de los modos consagrados en la ley / PATRIMONIO PÚBLICO – No se acreditó su afectación**

**Problema jurídico 2:** *¿Las entidades demandadas violaron los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público con ocasión del contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960?*

**Tesis:** "En el contrato de suscripción de acciones la calidad de accionista presupone la efectiva realización de un aporte al capital de la sociedad anónima o la adquisición de la acción por alguno de los modos consagrados en la ley. En este caso, de la revisión del contenido del contrato elevado a la Escritura Pública No. 2635 de 1960, la Sala establece que ello tuvo lugar en este caso, toda vez que la participación económica del socio municipio de Pasto a la sociedad CENDENAR S.A se concretó en la transferencia de los bienes inmuebles que conforman la Planta Hidroeléctrica del Río Bobo a cambio de \$850.000 y de las 415.000 acciones de la sociedad. (...) [E]n el caso concreto no se probó de forma precisa que con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato de suscripción de acciones elevado a Escritura No. 2635 de 5 de diciembre de 1960 se hubiera afectado el patrimonio público del municipio de Pasto, conforme lo explicado en consideraciones anteriores, toda vez que: i) no se evidenció el incumplimiento por parte de CENDENAR S.A E.S.P al referido contrato, ii) el valor de las acciones de la sociedad se incrementó; iii) la disminución de la participación accionaria del ente territorial obedeció al aumento de ella por parte de la Nación; y, iv) no se acreditó que con la creación de la empresa SEPAL S.A para la prestación del servicio público de alumbrado se hubiera configurado vulneración o trasgresión a alguna garantía colectiva".

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión; sentencia del 4 de octubre de 2021; C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 52001-33-31-008-2008-00304-01\(AP\)REV](#)

**3. Se declara la legalidad condicionada del protocolo de bioseguridad proferido mediante la Resolución 00000991 del 21 de junio de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social, en el entendido que las medidas dispuestas en los numerales 3.13. y 3.14. se refieren a recomendaciones preventivas y de mitigación tendientes a contener la infección respiratoria aguda por COVID-19 para los deportistas de altos logros, entrenadores y personal de apoyo de las modalidades deportivas seleccionadas. En lo demás, se declara que dicho protocolo de bioseguridad se ajusta al ordenamiento jurídico por los motivos y frente a los aspectos analizados.**

**Síntesis del caso:** *La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de la Sala Quinta Especial de Decisión, ejerció el control inmediato de legalidad sobre la Resolución 00000991 del 17 de junio de 2020 “Por medio de la cual se adopta el protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo del coronavirus COVID-19 en las actividades relacionadas con el entrenamiento de los deportistas de alto rendimiento, profesionales y recreativos”, proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.*

**CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Presupuestos de procedibilidad / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRESUPUESTO DE FORMA / PRESUPUESTO DE PROCEDIBILIDAD – Cumplimiento de los presupuestos de forma y procedibilidad la Resolución 00000991 del 17 de junio de 2020 / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRESUPUESTOS MATERIALES DEL ACTO - Criterio de conexidad / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRESUPUESTOS MATERIALES DEL ACTO - Criterio de necesidad / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / PRESUPUESTOS MATERIALES DEL ACTO / DERECHO A LA INTIMIDAD / DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD – Principios de proporcionalidad y no discriminación**

**Problema jurídico:** *¿La Resolución 00000991 del 17 de junio de 2020, “Por medio de la cual se adopta el protocolo de bioseguridad para el manejo y control del riesgo del coronavirus COVID-19 en las actividades relacionadas con el entrenamiento de los deportistas de alto rendimiento, profesionales y recreativos”, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se ajusta al ordenamiento jurídico vigente al momento de su expedición?*

**Tesis:** “La Sala encuentra que la Resolución 00000991 del 17 de junio de 2020 objeto de control guarda conexidad con el estado de emergencia declarado y con los decretos legislativos expedidos con el fin de conjurar las causas de la crisis sanitaria que dio lugar a su expedición, especialmente, con lo dispuesto en el Decreto 539 de 2020, en tanto materializa la prevención y el control de los factores de riesgo, mediante la implementación de reglas y recomendaciones a través del protocolo de bioseguridad, para el desarrollo de las actividades relacionadas con el entrenamiento de los deportistas de alto rendimiento, profesionales, deportistas recreativos y responsables de los escenarios deportivos en donde se realizan las actividades relacionadas con el entrenamiento de los deportistas. (...) En efecto, se observa que las directrices contenidas en la resolución objeto de control inmediato, se encuentran acordes y guardan conexidad con lo previsto en el decreto que declaró el estado de emergencia, en el Decreto 457 de 2020 y los decretos posteriores que mantuvieron el aislamiento social, en el Decreto 539 de 2020 y en la Resolución 666 de 2020, toda vez que el protocolo de bioseguridad tiene como fin prevenir el contagio y la propagación del coronavirus COVID-19 y mitigar sus efectos en las actividades del sector deportivo, pues van dirigidas específicamente en lo relacionado con el lavado de manos, distanciamiento físico, uso de tapabocas en áreas donde no se puede

mantener una distancia mayor de 2 metros. Adicional a estas medidas y teniendo en cuenta los mecanismos de diseminación del virus, los procesos de limpieza y desinfección de equipos, elementos e insumos, el manejo de residuos producto de la actividad, el manejo de situaciones de riesgo, el adecuado uso de elementos de protección personal – EPP, el cumplimiento de condiciones higiénicas sanitarias, las medidas de bioseguridad entre los deportistas, entrenadores y personal de apoyo al salir y regresar a las viviendas y durante los entrenamientos, las recomendaciones de precaución para los deportistas o personal deportivo que viva con personas de alto riesgo y el monitoreo de síntomas de contagio. (...) La Resolución 00000991 del 17 de junio de 2020, satisface el presupuesto de necesidad, toda vez que, garantiza la vida y la salud de las personas en el sector deportivo. Así mismo, busca proteger el trabajo de los deportistas de alto rendimiento, profesionales, deportistas recreativos y responsables de los escenarios deportivos en donde se realizan las actividades relacionadas con el entrenamiento de los deportistas y, a su vez, la continuidad de las actividades deportivas durante la emergencia sanitaria. Frente al principio de proporcionalidad y al de no discriminación, se advierte que algunas de las medidas adoptadas mediante el protocolo de bioseguridad intervienen en la vida íntima de los deportistas, recreativos, entrenadores y personal de apoyo, como por ejemplo lo dispuesto en los numerales 3.13, 3.14 y 4.8 (...). [H]aciendo un análisis de las previsiones consagradas en el protocolo de bioseguridad expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, advierte la Sala que las medidas adoptadas en el numeral 3.13 y 3.14 invaden la vida íntima de los deportistas de altos logros, entrenadores y personal de apoyo de las modalidades deportivas seleccionadas, en cuanto a cómo debe ser el relacionamiento con sus familiares y, por ende, desconocen el libre desarrollo de su personalidad. (...) [E]n lo que corresponde a las medidas descritas en el numeral 4.8., se observa que estas disposiciones están encaminadas a establecer cómo debe ser el comportamiento de deportistas, recreativos, entrenadores y personal de apoyo que participan de las modalidades deportivas seleccionadas, al salir y al ingresar a sus viviendas, por lo que en principio, se podría pensar de dichas medidas desconocen el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, al hacer un análisis completo e integral del citado numeral, se observa que las medidas no son obligatorias sino que expresamente se refieren a simples recomendaciones. (...) Finalmente, en cuanto a los artículos 3 y 4 de la Resolución 00000991 del 21 de junio de 2020, la Sala no encuentra reparo alguno de ilegalidad, puesto que la entidad se apoya para la vigilancia del cumplimiento del protocolo, en las alcaldías municipales y distritales en donde funciona la federación, sin perjuicio de la vigilancia que realicen las direcciones territoriales del Ministerio. A su vez, la disposición que prevé que esta resolución rige a partir de la fecha de su publicación, está acorde con el principio de publicidad de los actos administrativos de carácter general, previsto en el artículo 65 del CPACA”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los presupuestos de procedibilidad del control automático de legalidad, ver: Sentencia de 20 de octubre de 2009, exp. 2009-00549, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y auto de 26 de mayo de 2020, exp. 11001-03-15-000-2020-01309-00, C.P. Rocío Araújo Oñate.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Quinta Especial de Decisión; sentencia del 5 de octubre de 2021; C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2020-04568-00\(CA\)](#)

## **4. Se declara la legalidad del Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia”, expedido por el Gobierno Nacional.**

**Síntesis del caso:** *La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de la Sala Dieciocho Especial de Decisión, ejerció el control inmediato de legalidad sobre el Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia”, expedido por el Gobierno Nacional.*

**CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD - Naturaleza, finalidad y características / ASPECTOS FORMALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / COMPETENCIA / REQUISITOS DE FORMA – Cumplimiento por parte del Decreto 1332 de 2020 / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES – Conexidad / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES – Proporcionalidad**

**Problema jurídico:** *¿El Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia”, expedido por el Gobierno Nacional, se ajusta al ordenamiento jurídico vigente al momento de su expedición?*

**Tesis:** “[C]onforme aparece en el texto del Decreto 1332 de 2020, este acto administrativo fue expedido por el Presidente de la República, “En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial, las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, en desarrollo del Decreto Legislativo 772 de 3 de junio de 2020.” En el anterior contexto, encuentra la Sala que el Presidente de la República tiene competencia para expedir el acto objeto de control, pues corresponde a su función ejercer la potestad reglamentaria a través de la expedición de los decretos que sean necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, entendidas éstas en sentido formal (expedidas por el Congreso de la República) o material (expedidas por el Gobierno Nacional en calidad de legislador extraordinario). El acto revisado por la Sala, según se deriva de sus antecedentes y considerandos, fue expedido con fuente en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y en desarrollo del Decreto Legislativo 772 de 3 de junio de 2020, “Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial”. (...) Desde el punto de vista formal, el Decreto 1332 de 6 de octubre de 2020 examinado contiene los elementos requeridos para la efectiva expresión de una voluntad unilateral emitida en ejercicio de la función administrativa, en tanto que tal voluntad se plasma en el objeto, la causa y el motivo y finalidad de su expedición, según se advierte de la lectura de sus considerandos. (...) En el contexto de escalamiento de la crisis económica y social derivada de la continuidad de la pandemia y sus efectos, con sustento en el Decreto legislativo 637 del 6 de mayo de 2020, que declaró un nuevo Estado de Emergencia Económica y Social en el territorio nacional, fue expedido el Decreto Legislativo 772 de 2020, desarrollado por el acto administrativo objeto del control de legalidad. Su objetivo radicó en la necesidad de proveer procesos expeditos para agilizar el acceso a la administración de justicia concursal, con miras a lo cual, adoptó medidas especiales, adicionales a las establecidas en el Decreto Ley 560 de 2020, atendiendo en particular, las necesidades de las micro y pequeñas empresas. En este orden, el Decreto Legislativo 772 tiene como núcleos: i) La creación de un régimen especial para pequeñas insolvencias; ii) la adopción de herramientas dirigidas a flexibilizar, agilizar y hacer más eficientes los procesos de insolvencia de empresarios en crisis; iii) la incorporación de herramientas para facilitar los procesos liquidatorios, maximizar el valor de los bienes de la empresa deudora y proteger a los compradores de unidades de vivienda; iv) beneficios tributarios y v) medidas de fortalecimiento de listas de auxiliares de justicia y de acceso al crédito durante la insolvencia, entre otras. (...) Dentro del marco fijado por el Decreto 772, el Decreto 1332 atendió de manera integral a las dos modalidades de procesos concursales o de insolvencia creados desde la ley 1116 de 2006: i) el recuperatorio o de reorganización, dirigido a la celebración de un acuerdo entre la empresa y sus acreedores, que posibilite conservar la empresa y proteger el crédito y el empleo, y ii) el proceso liquidatorio, que, partiendo de la inviabilidad de la empresa, propende por el pago ordenado de las acreencias a su cargo y el retorno de los activos existentes al mercado. (...) [A]l revisar el contenido y alcance del Decreto 1332 de 2020, la Sala Especial encuentra que existe conexidad material de este acto con la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 623 de 2020, así como con las medidas legislativas extraordinarias adoptadas para conjurarlo mediante el Decreto Legislativo 772 de 2020, siendo concretamente un desarrollo administrativo de este último. En efecto, el Decreto 1332 objeto de control tiene relación directa y específica con los citados actos, en cuanto que, en consonancia con ellos, se dirige a mitigar la situación de emergencia sanitaria derivada de la Pandemia del Covid-19 y a reducir la extensión de sus efectos en el escenario empresarial, teniendo en cuenta, de un lado, el rol activo que corresponde al Estado en la intervención en materia económica, y de otro, el interés general por la acción propositiva del Gobierno Nacional dirigida a equilibrar las medidas de confinamiento y otras requeridas para la prevención del contagio, frente a la necesidad de mitigar la grave e inminente amenaza que para el desarrollo de la actividad económica en el país éstas representan. (...) [S]e advierte también que el Decreto 1332 objeto de control de legalidad es proporcional para conjurar la escalada en la crisis de las empresas afectadas y mitigar su impacto en la actividad económica, especialmente, con miras a la recuperación de la pequeña y mediana empresa, fuente primordial de empleo, y por ello, las medidas que reglamentan el proceso de reorganización abreviado para pequeñas insolvencias y el proceso de liquidación simplificado, creados por el Decreto Legislativo 772 de 2020, son necesarias, coherentes y adecuadas para los fines dispuestos en el Decreto objeto de reglamentación. Ciertamente, las disposiciones del acto sometido a control resultan proporcionales con la gravedad de los hechos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica por parte del Gobierno Nacional, como son la expansión y alto impacto derivado de la continuidad de la Pandemia del Covid-19 y los graves efectos de ésta en la dinámica económica y en la recuperación de las empresas. Además, el acto objeto de control, antes que sacrificar principios o derechos protegidos en el marco del Estado Social de Estado, propende por su realización. En efecto, lo dispuesto en el acto administrativo examinado no vulnera ni restringe el núcleo esencial de ningún derecho fundamental; contrario sensu, las medidas en él dispuestas responden a los cometidos del Estado Social de Derecho relacionados con la intervención del Estado en el escenario

económico y la tutela de la función social inherente a la actividad empresarial”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las características del control inmediato de legalidad, ver: Consejo de Estado, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de enero de 2003, expediente núm. 2002-0949-01, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; del 7 de octubre de 2003, expediente núm. 2003-0472-01, C.P. Tarcisio Cáceres Toro, del 16 de junio de 2009, expediente núm. 2009-00305-00, y del 9 de diciembre de 2009, expediente núm. 2009-0732-00, C.P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciocho Especial de Decisión; sentencia del 24 de agosto de 2021; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-15-000-2020-04340-00\(CA\)](#)

### **Salvamento parcial de voto conjunto de los consejeros Rocío Araújo Oñate y Alberto Montaña Plata**

#### **SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / CONTROL INMEDIADO DE LEGALIDAD / REQUISITOS FORMALES – El artículo 1 del Decreto 1332 de 2020 desborda la competencia reglamentaria del Gobierno nacional / CONTROL INMEDIADO DE LEGALIDAD - Artículos 4 y 5 del Decreto 1332 de 2020**

**Problema jurídico:** *¿El Decreto 1332 del 6 de octubre de 2020 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 772 de 2020, sobre medidas especiales en materia de procesos de insolvencia”, expedido por el Gobierno Nacional, se ajusta al ordenamiento jurídico vigente al momento de su expedición?*

**Tesis:** “La norma controlada desborda la competencia reglamentaria del Gobierno nacional, porque amplía el espectro de los sujetos destinatarios del proceso abreviado de insolvencia, establecido en el artículo 1 del Decreto Legislativo 772 del 3 de junio de 2020, y, por ende, no guarda conexidad con éste. (...) [C]uando el artículo 1 del Decreto 1332 de 2020 señala que los destinatarios de dicho régimen son todos los deudores “independientemente de las causas que originaron la insolvencia”, desborda la restricción que impuso el legislador extraordinario respecto de los sujetos que pueden ser amparados por los mecanismos extraordinarios de salvamento, recuperación y liquidación empresarial por causa de la pandemia. (...) La sentencia no indica la razón concreta por la cual el artículo 4 del Decreto 1332 de 2020 no contraría la disposición que desarrolla al señalar que el promotor se designará en los términos del artículo 35 de la Ley 1429 de 2010, cuando el artículo 11 del Decreto Legislativo 772 de 2020 ordena la aplicación de lo dispuesto en la Ley 1116 de 2006. (...) Teniendo en cuenta que la sentencia dedujo la validez del artículo 4 del Decreto 1332 de 2010 sin aludir a la diferencia existente entre la remisión normativa contenida en él y la establecida en el artículo 11 del Decreto Legislativo 772 de 2020, para concluir con certeza la legalidad de la disposición reglamentaria era necesario hacer explícitos los motivos aquí desarrollados y que sustentan la razón por la cual ese apartamiento no da lugar a declarar la nulidad de la norma ni a condicionar su validez. (...) Ausencia de las razones concretas por las que el artículo 5 del Decreto 1332 de 2020 supera el control inmediato de legalidad en relación con la expresión “Sobre estos inmuebles no se decretará medida de embargo, salvo que el Juez del Concurso en uso de sus facultades de dirección del proceso considere lo contrario. (...)”. (...). Debió efectuarse el análisis concreto respecto de la mencionada previsión, porque de la simple comparación de su literalidad con la del artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020 que desarrolla, en los términos contenidos en la sentencia, no es posible concluir, prima facie, su legalidad. Esto, porque el artículo 5 del Decreto Legislativo 772 de 2020 no excluyó expresamente la posibilidad de decretar el embargo de los bienes gravados con hipoteca de mayor extensión, mientras que el artículo 5 del Decreto 1332 de 2020 lo hizo expresamente”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciocho Especial de Decisión; sentencia del 24 de agosto de 2021; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-15-000-2020-04340-00\(CA\)](#)

# SECCIÓN PRIMERA

## 1. Son nulos los apartes de una ordenanza cuando no se surten los debates que legal y reglamentariamente se exigen para su aprobación.

**Síntesis del caso:** *Se presentó demanda para obtener la nulidad de los artículos 22 y 23 de la Ordenanza número 00133 de 2011, “Por medio de la cual se determina el presupuesto de rentas, gastos e inversiones del Departamento del Atlántico para la vigencia fiscal de 2012”; y los artículos 22 y 23 del Decreto número 000943 de 2011, “Por medio de la cual se determina el presupuesto de rentas, gastos e inversiones del Departamento del Atlántico para la vigencia fiscal de 2012”, expedidos la Asamblea Departamental del Atlántico y el Gobernador del Departamento del Atlántico.*

**PROYECTO DE ORDENANZA - Debates para su aprobación / REGLAMENTO INTERNO DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO / DEBATES PARA LA APROBACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ORDENANZA / PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DEL DEPARTAMENTO – Expedición anual mediante ordenanza / ORDENANZA - Sujeción a tres debates en tres días distintos / NULIDAD DE ORDENANZA DE LA ASAMBLEA POR NO DAR TRES DEBATES – De dos de sus artículos / EXPEDICIÓN IRREGULAR – De ordenanza / SENTENCIA DE NULIDAD – Efectos ex tunc sin que se afecten las situaciones consolidadas**

**Problema jurídico:** “[D]eterminar si se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia apelada en el sentido de establecer si se surtieron o no los debates que legal y reglamentariamente son exigidos para aprobar un proyecto de ordenanza, en lo relativo a la aprobación de los artículos 22 y 23 del acto acusado.”

**Tesis:** “[L]a Sala observa que los artículos 22 y 23 de la Ordenanza núm. 00133 de 2011 no cumplieron los debates requeridos para su aprobación por parte de la Asamblea Departamental del Atlántico, toda vez que, en atención a lo consignado en acta de 10 de noviembre de 2011, expedida por la Comisión de Presupuesto, Hacienda, Crédito Público, Asuntos Económicos y Fiscales de la Asamblea Departamental del Atlántico, y el Acta núm. 8 de 24 de noviembre de 2011, expedida por la Secretaría General de la Asamblea Departamental del Atlántico, los artículos acusados no fueron aprobados en primero y segundo debate por el órgano colegiado, en el entendido que fueron excluidos. De igual forma, la Sala evidencia del análisis del acta núm. 9 del 25 de noviembre de 2011, que el proyecto de ordenanza, tal como lo alega la parte recurrente, fue aprobado en tercer debate sin que se propusieran excepciones respecto del articulado. Sin embargo, y contrario a lo afirmado por el demandado, lo procedente era que, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 76 del Decreto 1222 de 1986, se efectuara el archivo de los artículos 22 y 23 del proyecto de ordenanza, al término de las correspondientes sesiones ordinarias. En ese orden de ideas, para la Sala se encuentra demostrado que los artículos 22 y 23 de la Ordenanza núm. 00133 de 2011, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico, no se encuentran revestidos de legalidad, por cuanto no surtieron los debates exigidos para su aprobación. Por esta razón se confirmará parcialmente la sentencia apelada, en cuanto declaró la nulidad de la ordenanza demandada. Por último, la Sala pone de presente que la nulidad de los artículos 22 y 23 de la Ordenanza 00133 de 2011 afecta su validez desde el momento de su expedición y, por ende, surte efectos ex tunc, es decir hacia el pasado. En este punto debe resaltarse que bien podría pensarse que todas las actuaciones surgidas a la vida jurídica con fundamento en el acto anulado se contagian de sus defectos, y como consecuencia perecen ante la inminente invalidez de su fuente. No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha compartido esa tesis, y por el contrario, ha sostenido que, aun cuando la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, las situaciones jurídicas consolidadas no pueden verse afectadas por ésta.”

**Nota de relatoría:** La Sala declaró probada la excepción de ineptitud de la demanda respecto de los artículos 22 y 23 del Decreto 00943 de 2011, con sustento en que en la demanda no se incluyó cargo alguno de nulidad frente a ellos.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 14 de octubre de 2021; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 08001-23-31-000-2012-90245-01.](#)

## 2. Es nulo el acto administrativo proferido por el Gobierno Nacional que señaló que “sólo” y “únicamente” serán exigibles los porcentajes de suelo para el desarrollo de programas de vivienda de interés social (VIS) e interés social prioritaria (VIP) en predios sujetos a los tratamientos urbanísticos de desarrollo y renovación urbana, éste último en la modalidad de redesarrollo.

**Síntesis del caso:** Se presentó demanda para obtener la nulidad de los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 15 y 17 del Decreto 075 de 2013, “Por el cual se reglamentan el cumplimiento de los porcentajes de suelo destinado a programas de Vivienda de Interés Social para predios sujetos a los tratamientos urbanísticos de desarrollo y renovación urbana y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional.

**PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS E INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA VIP PARA PREDIOS SUJETOS A LOS TRATAMIENTOS URBANÍSTICOS DE DESARROLLO Y RENOVACIÓN URBANA EN LA MODALIDAD DE REDESARROLLO – Reglamentación / SUELO DESTINADO A PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS E INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA VIP PARA PREDIOS SUJETOS A LOS TRATAMIENTOS URBANÍSTICOS DE DESARROLLO Y RENOVACIÓN URBANA EN LA MODALIDAD DE REDESARROLLO - Porcentajes mínimos / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL – Definición de los tratamientos urbanísticos / REGLAMENTACIÓN DE USOS DEL SUELO / FACULTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO NACIONAL EN MATERIA DE ORDENAMIENTO DEL TERRITORIO – Alcance / DETERMINACIÓN DE LAS ZONAS EN QUE DEBE CONSTRUIRSE VIVIENDA DE INTERÉS PRIORITARIO VIP Y LOS INSTRUMENTOS PARA ELLO - Competencia**

**Problema jurídico 1:** “[E]stablecer si son nulos integralmente los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 15 y 17 del acto administrativo proferido por el Gobierno Nacional que estableció los porcentajes de suelo para el desarrollo de programas de vivienda de interés social (VIS) e interés social prioritaria (VIP) en predios sujetos a los tratamientos urbanísticos de desarrollo y renovación urbana, éste último en la modalidad de redesarrollo.”

**Tesis 1:** “[E]n lo que tiene que ver específicamente con los tratamientos de desarrollo y renovación urbana, la Sala observa, por una parte, que los artículos del acto acusado guardan relación directa con las normas de rango legal en que dicen fundarse, a las cuales están subordinadas las atribuciones de las entidades territoriales, como se explicó con anterioridad (ut supra 8.3.2.); en segundo lugar, de las normas acusadas no se desprende que los municipios y distritos, a través de sus planes de ordenamiento territorial, se vean imposibilitados de clasificar el territorio en suelo urbano, rural y de expansión urbana, establecer la zonificación y localización de los centros residenciales, calificar y localizar terrenos para la construcción de viviendas de interés social o de establecer qué terrenos en particular quedan sujetos a un determinado tratamiento urbanístico, como se desprende del acto acusado, que dispone que los porcentajes de suelo destinados al desarrollo de programas VIS y VIP serán exigibles a los predios a los que el Plan de Ordenamiento Territorial les asigne los tratamientos de desarrollo y de renovación urbana, siendo los municipios los que, a través de sus planes de ordenamiento territorial, definen los tratamientos urbanísticos. En tercer lugar, los porcentajes de suelo destinados al desarrollo de programas VIS y VIP se establecerán en el componente urbano de los planes de ordenamiento territorial por parte de los municipios o distritos con población urbana superior a 100.000 habitantes y de los municipios localizados en el área de influencia, sin que sean inferiores al 20% para el tipo de vivienda VIP, lo que concuerda con el artículo 46 de la Ley 1537 de 2012, y donde se destaca el ejercicio de la reglamentación de usos del suelo por parte de los distritos y municipios; igualmente, al ser las normas invocadas como infringidas asuntos susceptibles de reglamentación por el Gobierno nacional, ya sea por expresa disposición legal del artículo 46 de la Ley 1537 de 2012, que dispuso que será el reglamento del Gobierno nacional el que determinará las condiciones en que deberá cumplirse dicha disposición, y de otra, por la propia facultad reglamentaria de la ley. Como conclusión al primer problema jurídico planteado, y por tanto a la pretensión principal de la demanda, la Sala considera que, en lo que refiere específicamente a los tratamientos urbanísticos de desarrollo y renovación urbana, en

modalidad de redesarrollo, no son nulos los artículos 3, 4, 5, 6, 7, y 15 del Decreto 075 de 2013, que estableció los porcentajes de suelo para el desarrollo de programas de vivienda de interés social (VIS) e interés social prioritaria (VIP) en predios sujetos a dichos tratamientos urbanísticos.”

**REGLAMENTACIÓN DE USOS DEL SUELO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO – Distribución de competencias / UBICACIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS E INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA VIP – Determinación / UBICACIÓN DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS E INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA VIP – Limitaciones / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA TERRITORIAL / CUMPLIMIENTO DE PORCENTAJES DE SUELO DESTINADOS AL DESARROLLO DE PROGRAMAS VIS Y VIP – Exigencia en los tratamientos de desarrollo y de renovación urbana en la modalidad de redesarrollo / DETERMINACIÓN DE LAS NECESIDADES EN MATERIA DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL NUEVA O COMO OBJETO DE MEJORAMIENTO INTEGRAL – Corresponde a los municipios y distritos / DETERMINACIÓN DE LAS ZONAS A SER DESTINADAS COMO VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS E INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA VIP – Es una facultad de los entes territoriales / FACULTAD DE LOS ENTES TERRITORIALES PARA DETERMINAR LAS ZONAS A SER DESTINADAS COMO VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS E INTERÉS SOCIAL PRIORITARIA VIP – No puede restringirse por el Gobierno Nacional / FACULTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO NACIONAL – Límites**

**Problema jurídico 2:** “[Establecer] si es nulo parcialmente el acto administrativo proferido por el Gobierno Nacional que estableció que “solo” y “únicamente” se exigirá el cumplimiento de porcentajes de suelo para el desarrollo de programas de vivienda de interés social (VIS) e interés social prioritaria (VIP) a los que el Plan de Ordenamiento Territorial de los municipios o distritos les asigne los tratamientos de desarrollo y de renovación urbana.”

**Tesis 2:** “[A]l revisar la literalidad de las normas legales que dice la entidad demandada fundamentan el Decreto 075 de 2013, en ellas no se establece de manera expresa que sólo o únicamente en los tratamientos de desarrollo y de renovación urbana, en la modalidad de redesarrollo, sea exigible el cumplimiento de porcentajes de suelo destinados al desarrollo de programas VIS y VIP, así como tampoco señalan que sólo en los suelos nuevos es posible generar espacio para el desarrollo de vivienda de interés social; lo cual deviene de una interpretación del Gobierno nacional de los tratamientos urbanísticos asociados a la incorporación de suelos de expansión urbana para usos residenciales, y de planes parciales, lo cual, si bien puede resultar correcto frente a los tratamientos reglamentados, no excluye que puedan darse en otros. Al revisar el artículo 92 de la Ley 388 de 1997, señala que serán los municipios y distritos quienes determinarán sus necesidades en materia de vivienda de interés social, tanto nueva como objeto de mejoramiento integral, y de acuerdo con la determinación de dichas necesidades definirán los objetivos de mediano plazo y las estrategias e instrumentos para la ejecución de programas tendientes a la solución del déficit correspondiente; parámetro legal que no hace exclusivo, sino tan sólo obligatorio, la determinación de porcentajes del nuevo suelo que deberá destinarse al desarrollo de programas de vivienda de interés social cuando se incorpore suelo de expansión urbana; ello habilita a los municipios y distritos para que, en ejercicio de su autonomía, establezcan estrategias e instrumentos tendientes a la solución del déficit correspondiente, donde puede resultar viable recurrir a tratamientos diferentes a los señalados en el acto acusado. La misma situación puede apreciarse en el artículo 46 de la Ley 1537 de 2012, según el cual, los planes de ordenamiento territorial o los instrumentos que los desarrollen o complementen deberán determinar los porcentajes de suelos que deben destinarse al desarrollo de Programas de Vivienda de Interés Prioritario (VIP), y establece como parámetros que deben ser calculados sobre el área útil residencial del plan parcial o del proyecto urbanístico, tanto en suelo de expansión urbana como en suelo urbanizable en el perímetro urbano, así como el límite mínimo del porcentaje a establecer, sin que restrinja tal exigencia a unos determinados tratamientos urbanísticos. Si bien es cierto, como lo dice la entidad demandada, el inciso tercero del referido artículo 46 delega en el Gobierno nacional la reglamentación de las condiciones en que deberá cumplirse esta disposición, ello hace referencia al plan parcial o proyecto urbanístico en suelo de expansión urbana y en suelo urbanizable en el perímetro urbano. No obstante, esa competencia reglamentaria, no puede restringir las facultades de los entes territoriales para que, en ejercicio de su autonomía y conocimiento del territorio, a través de los planes de ordenamiento territorial y planes parciales, puedan destinar otras zonas a viviendas VIP o VIS. [...] Como se observa al hacer una comparación de las normas bajo estudio, el acto acusado realiza una limitación que no contempla la norma legal, esto es, restringe la exigencia de porcentaje de suelo VIP únicamente en las actuaciones de urbanización de predios regulados por el tratamiento de desarrollo; no obstante, la norma superior indica que, si bien la exigencia de porcentaje mínimo para VIP se hará en los planes parciales con tratamiento de desarrollo, también habilita su exigencia a través de otras normas urbanísticas que reglamenten la urbanización de suelos urbanos sin plan parcial, lo cual no necesariamente implica que deba hacerse en tratamiento de desarrollo. [...] En virtud de lo anterior, la Sala declarará la nulidad de las

expresiones “solo” y “únicamente” del artículo 3º, de la expresión “únicamente”, del artículo 4º, de la palabra “solamente” del artículo 6, de la expresión “únicamente” del artículo 7”

**LICENCIAS DE CONSTRUCCIÓN – Reglamentación / CUMPLIMIENTO DE PORCENTAJES DE SUELO DESTINADOS AL DESARROLLO DE PROGRAMAS DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL VIS E INTERÉS PRIORITARIO VIP – No exigencia en los trámites de licencias de construcción en ninguna de sus modalidades / TRÁMITE DE LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN – Requisitos / REQUISITOS PARA EL TRÁMITE DE LAS LICENCIAS DE CONSTRUCCIÓN – No pueden establecerse otros no previstos en la ley / FACULTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO NACIONAL – Exceso**

**Problema jurídico 3:** *Determinar si es nulo el artículo 17 del Decreto 75 de 2013 que contempla que la exigencia de cumplimiento de suelo para VIS o VIP no lo será en trámites de licencias de construcción en ninguna de sus modalidades.*

**Tesis 3:** “[R]evisadas las normas en las cuales dice sustentar la entidad demandada la inclusión de la prohibición dispuesta en el artículo 17, esto es “La exigencia del cumplimiento de suelo para VIS y/o VIP no serán exigibles en trámites de licencias de construcción en ninguna de sus modalidades”, no se advierte que habiliten o permitan que mediante reglamentación se disponga prohibición alguna respecto a las licencias de construcción, como se pasa a explicar. En el artículo 92 de la Ley 388 de 1997 se establecen algunos temas que deberán ser definidos o abordados por los municipios y distritos en los planes de ordenamiento y programas de vivienda de interés social. Por su parte, en el artículo 46 de la Ley 1537 se determinan los porcentajes de suelos que deben destinarse al desarrollo de Programas de Vivienda de Interés Prioritario. Es decir, en ambas normas se regulan temas distintos y que no guardan relación con la reglamentación de las licencias de construcción, por lo que, con meridiana claridad, se advierte que la entidad demandada excedió su facultad reglamentaria con la expedición del artículo 17 del decreto 75 de 2013. Finalmente, estima la entidad demandada que “la Ley no previó exigencia de VIP para predios regulados por otros tratamientos en la medida que en los demás tratamientos sólo se pueden adelantar procesos de construcción y no de urbanización y al poner esta obligación a predios urbanizados, es decir a predios que sólo son construibles lo más seguro es que los lotes no puedan destinar parte de su área para VIP, teniendo que optar entonces por compensar la exigencia en dinero, lo cual en la práctica no se convertiría en una obligación para generar suelo para el desarrollo de VIP sino un tributo disimulado”. De la lectura de la anterior consideración esgrimida por la entidad demandada se hace evidente la motivación que llevó a la redacción del artículo 17 cuestionado, a saber, mitigar de alguna manera un efecto que tendría la obligación prevista en el artículo 46 de la ley 1537 para tratamientos distintos a los previstos en esta norma. Sin embargo, al incluir la prohibición en el acto administrativo ahora analizado por la Sala, se reitera, la entidad demandada incurrió en una extralimitación en su facultad reglamentaria, pues es la misma ley la que establece que en el trámite de una licencia de construcción no se podrán exigir mayores requisitos a los dispuestos en ésta, la cual, evidentemente, no contempla una prohibición, limitación o exigencia en el sentido que lo dispone el artículo 17 ahora analizado. Así mismo, el objeto del Decreto 075 de 2013, según se advierte de su encabezado, no era otro distinto sino reglamentar el cumplimiento de los porcentajes de suelo destinado a programas de vivienda de interés social para predios sujetos a los tratamientos urbanísticos de desarrollo y renovación urbana. Finalmente, en los casos en donde deba compensarse porque no es posible cumplir con la obligación, la norma estableció que debe realizarse mediante los bancos inmobiliarios, patrimonios autónomos o fondos que creen los municipios y distritos con destino al desarrollo de programas de Vivienda de Interés Social o de interés prioritario, es decir, estamos frente a una obligación de origen legal, la cual no podía ser modificada vía reglamentación. En consecuencia, se declarará la nulidad del artículo 17 del Decreto 075 de 2013.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 11 de noviembre de 2021; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2013-00292-00.](#)

# SECCIÓN SEGUNDA

## 1. Se reconoció pensión de invalidez a demandante que demostró que en vigencia de la Ley 6ª de 1945 contaba con una merma de la capacidad laboral del 85% que le impedía desarrollar cualquier labor u oficio que garantizara su subsistencia en condiciones dignas.

**Síntesis del caso:** *El demandante solicitó que el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez efectiva a partir del 28 de febrero de 1968, pero con efectos fiscales desde el 30 de julio de 2006, por prescripción trienal. Lo anterior, toda vez que prestó sus servicios al Hospital Sanatorio de Agua de Dios ESE por el lapso de 8 años, 3 meses y 28 días, por los siguientes períodos: i) entre el 1.º de abril de 1950 hasta el 30 de abril de 1951, y ii) desde el 1.º de julio de 1960 y el 28 de febrero de 1968. Durante dicho tiempo efectuó las cotizaciones a seguridad social a la extinta Cajanal (hoy UGPP). El 14 de julio de 1981 se emitió el examen médico laboral por parte del jefe de División de Salud Ocupacional de la entidad demandada en la cual se concluyó que: «Con base en los hechos expuestos esta División conceptúa que en el año 1968 por la época en que fue (sic) retirado del Servicio Oficial el Señor (...) tiene una pérdida permanente de capacidad laboral evaluable en un 85%, porcentaje que corresponde a la pérdida de capacidad laboral que presenta hoy.» Por medio de Resolución 05833 del 16 de octubre de 1981, fue negada la prestación, bajo el argumento de que la Ley 6ª de 1945 exigía una pérdida de capacidad laboral del 100%, para poder cubrir la contingencia de invalidez. El mentado acto administrativo fue objeto del recurso de apelación el 17 de agosto de 1984, que fue desatado negativamente mediante Resolución 03022 del 5 de octubre de 1984, en la cual se reiteró que para ser beneficiario de la prestación deprecada se debía acreditar la disminución de la capacidad laboral del 100%. El interesado fue valorado nuevamente el 23 de enero de 2001, por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que le determinó una pérdida de capacidad laboral del 65.02% con fecha de estructuración del 19 de noviembre de 1999 y por Junta Regional de Calificación de Invalidez el 28 de mayo de 2009, con disminución de la capacidad laboral del 76.80% y fecha de estructuración del 6 de diciembre de 2007. Con base en estas nuevas valoraciones el demandante petitionó la prestación deprecada, empero fueron denegados por sendos actos administrativos bajo los argumentos de que no cumplía con las 26 o 50 semanas cotizadas anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.*

**RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE INVALIDEZ / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL QUE PADECE LA ENFERMEDAD DE HANSEN – CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ENFERMEDAD DE HANSEN EN COLOMBIA Y LOS ESFUERZOS DEL ESTADO COLOMBIANO PARA GARANTIZAR LA VIDA DIGNA DE QUIENES LA PADECÍAN / MEMORIA JURISPRUDENCIAL SOBRE RECONOCIMIENTO DE PENSIONES A FAVOR DE EMPLEADOS DEL ESTADO QUE SE REMONTA AL PERIODO HISTÓRICO DE DIAGNÓSTICO Y DESARROLLO DE LA ENFERMEDAD DE HANSEN DEL CAUSANTE / LEGISLACIÓN SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL / APLICACIÓN LEY 6ª DE 1945 / FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA**

**Problema jurídico:** «¿Es procedente reconocer al demandante el derecho y pago de una pensión de invalidez de conformidad con lo regulado en la Ley 6ª de 1945?»

**Tesis:** “[L]os pronunciamientos proferidos por el Consejo de Estado para el momento cronológico de los años 1960 y en adelante, materializaban la protección de los empleados del Gobierno enfermos con el bacilo de Hansen al otorgarles la pensión de que trata la Ley 6ª de 1945, previo el estudio médico que así lo evidenciaba. El importante referente jurisprudencial para la época, denota incluso el principio de favorabilidad en la aplicación de las normas que en materia pensional, protegieran en mayor medida al enfermo de Hansen y así mismo la eliminación de medidas para hacer nugatorio dicho derecho a la pensión de jubilación. Al no exigir por ejemplo que la incapacidad para laborar en razón de dicha patología hubiera ocurrido a causa del trabajo y definir su situación pensional con la Ley más garante para el reconocimiento y liquidación de la mesada [...]. Entre las herramientas de derecho internacional que más trascendencia han tenido en el asunto, se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la cual fue

ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 del 31 de julio de 2009, última que a su vez fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-293 de 2010. Por su relevancia para lo que es objeto de este proceso, cabe señalar que el artículo 28 de la convención en comento determinó como deber de los Estados Parte, garantizarle a las personas en situación de discapacidad un nivel de vida adecuado y protección social, entre otras, asegurándoles «[...] el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación [...]». «[...] por medio de Resolución 05833 del 16 de octubre de 1981 al demandante le fue negada la prestación, bajo el argumento de que la Ley 6ª de 1945 exigía una pérdida de capacidad laboral del 100%, para poder cubrir la contingencia de invalidez, interpretación que a juicio de la Sala de Decisión no se encuentra acorde con lo regulado en la mencionada disposición, toda vez que previó dicho beneficio a favor del trabajador que «haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio». Ello con miras a proteger a las personas en situación de debilidad manifiesta, dados los grados severos de invalidez, incompatibles con el ejercicio de una actividad remunerada, finalidad que es acorde con varios de los actuales principios constitucionales. [...] Nótese que conforme con lo regulado por la citada disposición, era beneficiario de la pensión de invalidez el trabajador que tuviera una incapacidad para desarrollar toda ocupación de trabajo, esto es, aquella que lo inhabilita para desempeñar la actividad que habitualmente ejercía. En este sentido, contrario a lo aludido por la entidad demandada en la Resolución 05833 del 16 de octubre de 1981, la mentada norma no exigía una pérdida de capacidad laboral calificada en un 100% sino que su invalidez no le permitiera llevar a cabo la actividad laboral alguna. [...] [A]l momento de retirarse del servicio, el demandante además de contar con una invalidez del 85%, padecía una enfermedad altamente incapacitante y estigmatizante, que le impedía desarrollar cualquier actividad u oficio, por lo cual, para efectos de la prestación deprecada, se tendrá en cuenta el dictamen médico laboral realizado del 14 de julio de 1981, toda vez que evaluó el estado actual del paciente, su historia clínica y fue realizado por el médico ocupacional de Cajanal. Es pertinente denotar entonces que, para la fecha del retiro del servicio, el demandante ya era inválido y esa fue la causa de retiro, dejándolo desprotegido respecto de un ingreso para su subsistencia. Se resalta igualmente que las valoraciones médicas posteriores no son el punto de partida de la consolidación de su estado de invalidez, pues ya contaba con un dictamen que diera cuenta de ello desde 1968. [...] Bajo esta línea argumentativa, es diáfano concluir que el señor (...) desde el año 1968 (fecha en que fue retirado del servicio oficial), tenía una disminución de capacidad laboral que le impedía desarrollar una actividad económica que le permitiera garantizar una subsistencia en condiciones dignas, propósito normativo al cual no se ajustó la actuación de la Administración que ilegalmente le impidió que desde la mencionada data y en atención a su condición especial en la que se encontraba, derivada del padecimiento de una enfermedad que le generó una inminente invalidez, gozara de los beneficios mínimos vigentes para aquella época y de esta forma, cubrir para sí mismo y su entorno familiar las necesidades básicas de todo ser humano. [...] Se resalta, que el hecho de que no se le hubiera practicado al libelista un examen de reingreso en el año 1960 y haberlo vinculado con la preexistencia no exime de la obligación del sistema de salud de otorgar la protección debida a quien es un sujeto con vulnerabilidad por su condición médica. Aunado a que las reglas de la sana crítica enseñan que las lesiones por él padecidas le impedían llevar a cabo actividad económica alguna que le permitiera tener una vida en condiciones normales, lo cual fue señalado en varias oportunidades por los médicos que lo evaluaron. Una interpretación contraria, atentaría con los principios básicos del Estado Social de Derecho. Ante la lamentable situación de desamparo a los derechos fundamentales y a la seguridad social sufridos por el causante, se duele la Sala de que la situación de discapacidad del mismo haya pasado desapercibida por las entidades encargadas de brindarle la protección, lo cual es censurable en un Estado Social de Derecho que promueve la protección especial de aquellos sujetos vulnerables por condiciones de salud como el demandante, quien falleció a la espera de obtener el derecho a la pensión de invalidez de forma tardía.»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 2 de diciembre de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2014-02232-02 \(0947-19\)](#)

## 2. El cumplimiento de la sentencia que ordenó el reintegro al servicio del ejecutante que adquirió el estatus pensional, se concreta con el pago de los salarios y prestaciones sociales desde la desvinculación del servicio hasta su inclusión en la nómina de pensionados.

**Síntesis del caso:** *La Administración ante la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a la obligación de reintegro al servicio al ejecutante, por cuanto, el servidor adquirió el estatus pensional durante el transcurso del proceso, procedió al pago de salarios y prestaciones sociales desde el retiro hasta el ingreso a nómina de pensionados. El ejecutante considera que la entidad no dio cabal cumplimiento a la decisión judicial al omitir su reintegro al servicio.*

### **OBLIGACIÓN DE HACER / CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DE REINTEGRO AL SERVICIO CUANDO EL EJECUTANTE TIENE EL STATUS PENSIONAL / EXCEPCIÓN DE PAGO- configuración**

**Problema jurídico:** *¿Cómo se cumple la sentencia que ordena el reintegro al servicio del ejecutante que adquirió el estatus de pensionado?*

**Tesis:** “La obligación de hacer es una situación jurídica en la cual una de las partes, la deudora debe realizar una acción en favor del acreedor. La obligación de hacer tiene por objeto la ejecución de un hecho cualquiera, material o jurídico. (...) La condena de reintegrar a quien judicialmente se le consideró que fue objeto de ilegal desvinculación laboral implica una obligación de hacer, de tal suerte que si ella se encuentra comprendida en una sentencia, procede perseguir su acatamiento ante esta jurisdicción. (...) Conforme a los anteriores preceptos, la administración tiene el deber de adoptar las medidas suficientes y oportunas para dar cumplimiento a los fallos que le imponen obligaciones. Esto en consonancia con el compromiso de tiene todo deudor de honrar el pago de las obligaciones a su cargo. (...) Ahora, la Sala observa que en los casos de cumplimiento del fallo judicial que dispone un reintegro laboral es posible que se presenten diferentes situaciones, tales como: la supresión del cargo, la llegada a la edad de retiro forzoso o la adquisición del estatus de pensionado por parte del demandante. Estos motivos imposibilitan física y jurídicamente la materialización del mandato en los precisos términos previstos por el fallador. Entonces, conforme al criterio que se viene exponiendo, en estos eventos es posible adoptar vías alternas que conlleven igualmente a la satisfacción de los intereses del titular del derecho protegido en el proveído, con el propósito de mitigar el daño a la persona afectada con la separación ilegal del cargo y equiparar sus consecuencias al cumplimiento de la orden judicial inicial. (...) Ahora, conforme a las normas generales que regulan la administración de personal anteriores normas y al criterio jurisprudencial sobre el tema, existe una prohibición general para los servidores del sector oficial retirados con derecho a pensión de jubilación para reincorporarse al servicio, salvo que se trate del reingreso para ocupar los cargos expresamente enlistados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto 2400 de 1968 y los de elección popular incluidos en el Decreto 583 de 1995. (...) En este orden, se tiene que si bien la consecuencia jurídica inmediata de la nulidad del acto de retiro es el reintegro al cargo desempeñado en la entidad demandada, como quiera que la adquisición del derecho a la pensión se constituye en un obstáculo jurídico que impide reintegrar al trabajador, se vuelve imposible el restablecimiento del derecho en los términos en que normalmente opera. El reintegro efectivo implicaría la transgresión de las normas que prohíben el reingreso de un pensionado al servicio público. En tal virtud, se tiene que el restablecimiento original, de reintegro y pago de salarios desde la fecha del retiro hasta la de reincorporación efectiva, cambia en los casos en que los beneficiarios de las ordenes hayan adquirido el estatus de pensionados, debido a que el reintegro se torna imposible. En la hipótesis analizada, lo que procede es el reconocimiento de salarios y demás prestaciones que se dejaron de percibir desde la desvinculación hasta la fecha en que sean efectivamente incluidos en nómina de pensionados. En conclusión, en estos eventos el restablecimiento del derecho como consecuencia de la nulidad del acto de retiro comprenderá el tiempo que va desde el retiro hasta la inclusión en nómina de pensionados. Esto debido a que el cumplimiento de los fallos va hasta donde sea jurídica y físicamente posible acatarlos. . [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de septiembre de 2021, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 23001-23-33-000-2014-00444-01\(1655-17\)](#)

### 3. La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado avocó conocimiento para dictar sentencia de unificación sobre la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión gracia post mortem a los beneficiarios del docente.

**Síntesis del caso :** *La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado estudió la procedencia de avocar de oficio el conocimiento para dictar sentencia de unificación, frente la existencia de criterios diferentes en relación con la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión gracia post mortem a los beneficiarios del docente.*

#### **SE AVOCA CONOCIMIENTO PARA PROFERIR SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SOBRE LA NORMA APLICABLE PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN GRACIA POST MORTEM**

**Problema jurídico:** *¿Es procedente que la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado avoque de oficio el conocimiento para proferir sentencia de unificación frente a la diversidad de criterios existentes frente a la norma aplicable a los beneficiarios del docente que solicita el reconocimiento de la pensión gracia post mortem?*

**Tesis:** “La Sala observa que está llamada a establecer criterios uniformes, como quiera que se ha verificado la existencia de pronunciamientos divergentes respecto a la normativa aplicable para reconocer a los beneficiarios del docente fallecido la pensión gracia post mortem. Nótese que la función de unificación jurisprudencial propende por brindar certeza a los usuarios de la administración de justicia, para que las decisiones se funden una interpretación uniforme, que garantice los derechos a la igualdad y a la seguridad jurídica. (...) [S]e ha partido de la premisa general según la cual, en materia de sustitución pensional, la norma aplicable es la vigente para la fecha del fallecimiento del causante. Sin embargo, de este presupuesto se han derivado dos entendimientos: el primero consistente en que al estudiar la pensión gracia post mortem, para determinar el precepto en rigor se acude a las normas generales anteriores a la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que para los excluidos de la referida Ley, en los términos del artículo 279, continúan vigentes el Decreto Ley 244 de 1972, las Leyes 33 de 1973, 12 de 1975, 71 de 1988 y el Decreto Reglamentario 1160 de 1989. El segundo entendimiento refiere que para analizar la pensión gracia post mortem se aplica la Ley 100 de 1993, si esta norma está vigente a la fecha del deceso, porque dicha pensión estaba a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y el artículo 279 ibídem, solamente exceptúa las prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así pues, en materia de los beneficiarios se ha acudido a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, de modo que el cónyuge supérstite o compañero permanente debe acreditar 5 años de convivencia previos al fallecimiento. Ciertamente, a partir del anterior recuento jurisprudencial se constata que ha sido muy prolífica la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado entorno a la pensión gracia post mortem. No obstante, es evidente la diversidad de criterios jurisprudenciales, situación que amerita la expedición de una sentencia de unificación donde se definan la normativa aplicable. [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de 30 de septiembre de 2021, C.P. César Palomino Cortés radicación: 23001-23-33-000-2014-00444-01\(1655-17\).](#)

## 4. La terminación de la comisión de servicios en un cargo de libre nombramiento y remoción no conlleva el retiro del servicio del cargo que el servidor desempeña en propiedad.

**Síntesis del caso:** *Una empleada de carrera fue comisionada en un cargo de libre nombramiento y remoción. La administración da por terminada la comisión al nombrar un funcionario en su reemplazo. La servidora consideró que con tal decisión la administración la retiró tácitamente, de igual manera, de su cargo de carrera, pues, mediante el oficio que le comunicó la anterior decisión, se le indicó la posibilidad de hacer retiro de las cesantías definitivas, razón por la cual no se reintegró al servicio al vencer el periodo de licencia ordinaria, que disfrutaba en ese momento. Frente al abandono injustificado del cargo la entidad pública declaró la vacancia del cargo y el retiro definitivo del servicio. La servidora acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en demanda del acto de nombramiento del reemplazo y del oficio de comunicación.*

### **TERMINACIÓN DE LA COMISIÓN DE SERVICIOS DE CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN NO CONLLEVA EL RETIRO DEL SERVICIO DEL CARGO DEL CARRERA / DECLARACIÓN DE VACANCIA DEL CARGO Y PÉRDIDA DE DERCHOS DE CARRERA POR NO REINTEGRO AL CARGO AL FINALIZAR LA COMISIÓN EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / VACANCIA DEL CARGO – Procedencia / PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS – Aplicación**

**Problema jurídico:** *¿El dar por terminada la administración la comisión de servicios en un cargo de libre nombramiento conlleva el retiro tácito del cargo de carrera administrativa y el consecuente desconocimiento de los derechos de carrera de la servidora pública?*

Tesis: " Dado que tal comisión tiene carácter temporal, una vez finalizada por culminar «[...] el término por el cual se otorgó [...], el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión [...]», el servidor «[...] deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva» (se destaca; inciso 2º del artículo 26 de la Ley 909 de 2004).(…) [E]l empleado de carrera que por cualquiera de las aludidas causales [artículo 41 de la Ley 909 de 2004] se desvincule del empleo de libre nombramiento y remoción al que fue comisionado por el nominador, deberá asumir, de manera inmediata, el cargo que tiene asignado en propiedad, so pena de perder los derechos de carrera administrativa.(…) (A)unque, en efecto, el oficio por medio del cual se le anunció a la actora que como consecuencia de tal designación (Decreto 24 de 8 de enero de 2006) sería removida del empleo de subdirectora de despacho, le pidió hacer entrega de los elementos e información a su cargo y se le autorizó para reclamar las prestaciones definitivas, además de agradecerle por su gestión, es evidente que el contenido tanto del respectivo acto administrativo como de aquel oficio hacían referencia única y exclusivamente al retiro del empleo de libre nombramiento y remoción, sin que de ningún aparte se pueda deducir, como insistentemente sugiere la actora, que dicha decisión afectó otros ámbitos de su vida laboral. Agrégase a lo anotado que, en todo caso, el acto por el cual se le concedió la comisión fue claro en el sentido de prevenirla en cuanto a que una vez se diera alguno de los supuestos para dar por finalizada esa situación administrativa, le correspondía «[...] asumir el empleo respecto del cual ostenta derecho de carrera [...]», so pena de declararse la vacancia, condición que, como lo dijo el a quo, ella conocía, no solo porque anteriormente había hecho uso de esa prerrogativa, sino porque tenía un nivel de experticia de la función pública tan alto que le había dado lugar, incluso, a ser encargada por el presidente de la República como gobernadora del Valle del Cauca entre mayo y julio de 2012. A pesar de lo expuesto, la accionante no compareció a su puesto de trabajo luego de que se le comunicara que su comisión había terminado ni mucho menos el 1º de abril de 2016, cuando venció el plazo de la licencia no remunerada que se le había otorgado, lo que dio lugar, de acuerdo con las pruebas adosadas, a que luego sí fuera desvinculada, pero en razón a la declaratoria de abandono del cargo(…) [L]a subsección encuentra que con las pretensiones formuladas en el sub lite la actora pretende obtener provecho de su propia culpa, lo cual no es dable («»), pues es evidente que, pese a conocer de su deber de reintegrarse al cargo de carrera una vez fuera retirada del de libre nombramiento y remoción por cualquiera de las causales previstas en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, ya citado, como había procedido con anterioridad sin ningún inconveniente, o regresar una vez culminara el lapso de la licencia no remunerada, guardó silencio, y solo se pronunció una vez recibió el requerimiento de la

subsecretaría de recursos humanos para que explicara las razones por las «[...] cuales no se ha presentado a laborar al término de la Licencia Ordinaria [...]» (sic), que feneció el 31 de marzo de 2016, para justificarse en el supuesto entendimiento errado del contenido de los actos acusados.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 21 de octubre de 2021, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 76001-23-33-000-2016-00701-01\(2673-19\)](#)

## **5. En materia disciplinaria el incumplimiento del deber funcional propio del empleo desarrollado determina la comisión de la conducta reprochable, así éste no se encuentre establecido específicamente en el manual de funciones de la entidad en la que se labora. Así mismo, resulta indispensable analizar y probar con hechos fehacientes el carácter volitivo de la conducta imputada, esto es, el dolo o la culpa en la intención del agente, so pena de vulnerar el principio de presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso.**

**Síntesis del caso:** *El demandante afirmó que la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Secretaría de Educación Departamental del Chocó, le impuso sanción disciplinaria por la comisión de una conducta atípica, toda vez que el deber funcional presuntamente desatendido no estaba descrito para el empleo por él desarrollado según el manual de funciones de la entidad. El Consejo de Estado confirmó la decisión adoptada por el a quo, en el sentido que la imputación de la conducta disciplinaria endilgada ha de contener el análisis y prueba fehaciente de los aspectos volitivos de la intención del agente que la realiza, esto es, prueba del dolo o la culpa gravísima, según sea el caso.*

### **PROCESO DISCIPLINARIO / TIPICIDAD DE LA CONDUCTA DISCIPLINARIAMENTE REPROCHADA / DEBER FUNCIONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO**

**Problema jurídico 1:** *¿Es dable endilgar la comisión de una falta disciplinaria respecto de un deber funcional no contenido expresamente dentro del manual de funciones del cargo desempeñando por un funcionario público, al momento de la ocurrencia de los hechos?*

**Tesis 1:** “[C]onstituye un elemento fundamental del estado de Derecho, el deber de los servidores públicos de cumplir las obligaciones encomendadas de conformidad con lo establecido en las normas vigentes. El reconocimiento de ese deber y la responsabilidad consecuente en caso de incumplirlo, se encuentra previsto específicamente en el artículo 6 de la Constitución Política, conforme al cual los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las Leyes, de una parte, y por la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones asignadas. Así, el cumplimiento de los deberes y las responsabilidades por parte de los servidores públicos, se debe efectuar dentro de la ética del servicio público, con acatamiento a los principios establecidos en el artículo 209 de la Carta Política, que propenden por el desarrollo íntegro de la aludida función, y con pleno acatamiento de la Constitución, la Ley y los Reglamentos, los cuales, en este asunto, fueron desconocidos por el demandante, en cuanto quebrantó con su conducta sus deberes funcionales. El deber funcional «es un instrumento para encauzar la conducta de los servidores públicos, el cual se constituye en la fuente que da vida a la antijuridicidad sustancial y que siempre está referido al ejercicio de funciones públicas porque de lo contrario sería atípico disciplinariamente el comportamiento cuestionado. Dichas funciones deben desarrollarse con apego a las orientaciones de los principios constitucionales y legales, en la medida en que es por esa razón que una persona que se posesiona en un cargo público debe jurar el cumplir el desempeño de sus deberes según la Constitución, la Ley y el Reglamento». [...] [S]i bien la función de llevar en debida forma los libros de registro presupuestal y contabilidad financiera de la Institución educativa no estaba contenida expresamente dentro del manual de

funciones del cargo que se encontraba desempeñando el actor al momento de la ocurrencia de los hechos, ésta le fue impuesta en ejercicio de la generalidad de funciones que le podían ser asignadas en su empleo, teniendo la obligación de cumplirla conforme a los contenidos constitucionales y legales. En ese orden de ideas, no le asiste razón al señor (...) en el sentido de indicar que no se le podía sancionar disciplinariamente por el incumplimiento de un deber que no correspondía a su empleo, toda vez que se demostró que estaba encargado de dicha función y, por lo tanto, estaba obligado a llevar en debida forma y de manera organizada, los libros de contabilidad financiera de la Institución Educativa en la que tenía funciones de pagador.

## **PROCESO DISCIPLINARIO / CULPABILIDAD DE LA CONDUCTA REALIZADA / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / IMPUTACIÓN DE LA CULPABILIDAD A TÍTULO DE DOLO / IMPUTACIÓN DE LA CULPABILIDAD A TÍTULO DE CULPA / MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DISCIPLINARIO**

**Problema jurídico 2:** *¿Es dable imputar la conducta a título de dolo, sin motivar en debida forma los elementos de la responsabilidad disciplinaria?*

**Tesis 2:** “[L]os operadores disciplinarios al momento de imputar el elemento de la culpabilidad, señalaron que la conducta había sido cometida a título de dolo. [...] [E]fectivamente como lo sostuvo el a quo, el operador disciplinario ni en el pliego de cargos ni en la decisión disciplinaria de primera instancia realizó un análisis del caso concreto para determinar el por qué era dable imputar la conducta a título de dolo, vulnerando con ello el derecho al debido proceso. En cuanto a la motivación del acto administrativo, la doctrina sostiene que «todo acto administrativo tiene una causa o motivo. La motivación es la expresión de esos motivos en la declaración. Se explica este concepto como que la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo; la expresión de los antecedentes del hecho y de derecho que preceden y justifican la expedición del acto; la relación de los hechos que dan lugar al acto y los fundamentos de derecho en que éste se apoya; es la constancia de que el motivo existe; equivale a los considerandos». [...] [T]odas las decisiones de las actuaciones administrativas, iniciadas por la causa que fuese o en el interés que fuese, deben motivarse al menos en forma sumaria si afecta a particulares. [...] [E]l operador disciplinario estaba en la obligación de motivar en debida forma los elementos de la responsabilidad disciplinaria al actor, con el fin de que este conociera cuál era la imputación exacta que se le estaba realizando y con ello, poder ejercer su derecho de defensa y contradicción, siendo este, entonces uno de los yerros en que incurrió la entidad demandada al emitir las decisiones cuestionadas. Para imputar dolo, el operador disciplinario tenía la obligación de acreditar fehacientemente que el señor (...) primero, tuvo la intención y la voluntad de no llevar en debida forma los libros de contabilidad financiera de la Institución Educativa y, segundo, el conocimiento de que al ejecutar dicha acción se encontraba incurso en una falta gravísima y que aun así, no hizo nada para evitarlo. Al observar el material probatorio obrante dentro del expediente disciplinario, se encuentra que los elementos que fueron tenidos en cuenta por el operador disciplinario son el hallazgo de la auditoría y los testimonios, en los que se establece que: i) los libros de contabilidad financiera y disponibilidad presupuestal estaban desorganizados y en algunas ocasiones tenían información incompleta; y ii) el señor (...) era el encargado de realizar dicha función, en su condición de pagador. De dichas pruebas si bien puede inferirse que el demandante, como se señaló anteriormente, incurrió en la falta gravísima que le fue endilgada, también lo es, que con aquéllas no se demuestra que su conducta haya sido cometida a título de dolo, presupuesto básico de tipicidad de la falta endilgada al actor y por la cual fue sancionado con destitución e inhabilidad general por el término de 13 años. Lo anterior, en tanto que con el material probatorio no se establecieron las circunstancias de modo y lugar que permitan determinar la ocurrencia de una conducta bajo los elementos de la voluntad, el conocimiento de la ilicitud y la intención. Así, no se tiene la certeza de si el demandante actuó racional e intencionalmente para no diligenciar correctamente los libros referidos o si, simplemente, por negligencia y descuido incurrió en la falta endilgada, lo cual desvirtuaría el elemento volitivo. Adicionalmente, tampoco se demuestra que el señor (...) haya actuado bajo una culpa gravísima por ignorancia supina, desatención elemental o violación de las reglas de obligatorio cumplimiento, como lo advierte el apoderado de la entidad demandada, que simplemente se ciñe a citar el significado de cada uno de estos conceptos, sin entrar a determinar porque la adecuación de la conducta a dicho elemento de la culpabilidad. Lo anterior, por cuanto el actor era contador y, como tal, tenía conocimiento de sus funciones de pagador de la Institución Educativa y de la importancia de llevar los libros contables de manera organizada y completa. Así las cosas, encuentra la Sala que la conducta del actor que resulta reprochable en esta instancia se configura dentro de una culpa grave, toda vez que al estar bajo las funciones de auxiliar administrativo y pagador de la Institución Educativa Agroecológica Atrato de Lloró actuó sin el cuidado necesario que le correspondía, atendiendo, además, a la función especial que desarrollaba con los recursos públicos pertenecientes a la educación, estando en la obligación de llevar a cabo, correctamente los libros de contabilidad de los que era responsable.

**PROCESO DISCIPLINARIO / PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA / PRUEBA DEL DOLO / PRUEBA DE LA CULPA**

**Problema jurídico 3:** *¿Se vulnera el principio de presunción de inocencia, cuando no obra dentro del proceso disciplinario prueba sobre los elementos constitutivos de la falta?*

**Tesis 3:** “En ese orden de ideas, la entidad demandada vulneró el principio de presunción de inocencia, el cual además de estar regulado en el Código Único Disciplinario, encuentra pleno reconocimiento en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. «En consonancia con esta garantía constitucional y en atención a que el debido proceso también se predica de las actuaciones adelantadas por autoridades administrativas, el legislador dispuso su aplicación en materia disciplinaria y así lo consagró en el artículo 9 del CDU, de manera que sólo es posible declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable cuando se tenga certeza absoluta de que incurrió, a título de dolo o culpa, en una conducta tipificada como falta disciplinaria. Por esto el artículo 142 del mismo estatuto señala que no podrá dictarse fallo sancionatorio sin que exista la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.» Lo anterior, en tanto que para sancionar a una persona en materia disciplinaria no debe existir duda alguna, sino la certeza en su comisión, y la contundencia de la prueba que se pretende hacer valer en la configuración de los elementos constitutivos de la falta, dadas las consecuencias que se desprenden de la imputación de esta norma y lo que implica en la vida laboral de un servidor. [...] Así entonces, este principio, tanto constitucional como legal, se desconoce cuando se impone una sanción y: i) la conducta no es considerada en la Ley como una falta disciplinaria; ii) no se encuentra acreditada probatoriamente; o iii) no fue cometida por el investigado. [...] No obstante lo anterior, debe resaltarse que a pesar de que no se configura el elemento volitivo, la conducta del demandante si merece un reproche en materia disciplinaria, pues la falta gravísima endilgada sí se cometió, pero a título de culpa grave, por no cumplir con diligencia sus funciones de pagador de la Institución Educativa, razón por la cual es dable confirmar la decisión de primera instancia”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 30 de septiembre de 2021, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 27001-23-33-000-2013-00307-01\(2118-15\)](#)

**6. La sustitución de la asignación de retiro para el hijo inválido dependiente económicamente del causante, no se encuentra condicionada a requisito alguno relacionado con el porcentaje o totalidad de la disminución de la capacidad laboral calificada. Al beneficiario le corresponde acreditar la calidad de inválido y la dependencia económica, entendida como la incapacidad de la persona de obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna sin que pueda exigirse para el reconocimiento pensional la carencia total de recursos económicos.**

**Síntesis del caso:** *La parte recurrente sostiene que la demandante no tiene derecho a que se le reconozca la sustitución de la asignación de retiro en su condición de hija inválida y dependiente económica del causante, en razón a que no se logró establecer la razón por la cual es cotizante por la Nueva EPS en calidad de empleada doméstica, lo cual difiere del argumento por el cual se quiere acceder a la prestación como es la dependencia económica, «bajo el entendido que ha manifestado que tiene una calificación de invalidez superior al 51% por lo cual no le es posible trabajar situación que le permitió acceder a una Pensión de Invalidez por cuenta del ISS».*

**RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS FUERZAS MILITARES / ASIGNACIÓN DE RETIRO / SUSTITUCIÓN PENSIONAL / BENEFICIARIOS DE LA SUSTITUCIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO / HIJO INVALIDO**

**Problema jurídico:** *¿En materia de sustitución de la asignación de retiro, cuando el beneficiario es el hijo invalido, existe alguna condición relacionada con el porcentaje o totalidad de la discapacidad o disminución de la capacidad laboral calificada?*

**Tesis:** “[E]ntre los regímenes exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993, (se) permitió la creación de regímenes especiales en materia de seguridad social para atender las condiciones exclusivas de los mismos. En el caso de las Fuerzas Militares, su régimen ha sido desarrollado principalmente por la Ley 923 de 1994 y el Decreto 4433 de 2004. En este último cuerpo normativo se estableció la «sustitución de la asignación de retiro» como equivalente de la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, previstas en el régimen general de pensiones. [...] [E]l orden y la proporción en que recibirán los beneficiarios la sustitución de la asignación de retiro se encuentra dispuesto en artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, en los siguientes términos: “La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante”. [...] La dependencia económica se observa a pesar de que existan asignaciones mensuales o ingresos ocasionales, o cualquier otra prestación a favor del peticionario supérstite, siempre que éstas resulten insuficientes para lograr su auto sostenimiento. De ahí que si el sujeto beneficiario logra demostrar que los ingresos ocasionales o mensuales con los que cuenta no son suficientes para mantener un mínimo de existencia que le permita subsistir de forma digna, y que estaba sometido al auxilio recibido de parte del causante, procede el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los descendientes discapacitados o ascendientes. [...] [E]sta Sala destaca que para el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro se requiere acreditar: a. El parentesco con el causante; b. La calidad de inválido; y c. La dependencia económica, entendida como la incapacidad de la persona de obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna sin que pueda exigirse para el reconocimiento pensional la carencia total de recursos económicos. [...] [S]e tiene que la señora (...) fue calificada con una disminución de la capacidad laboral de un 51.1% por el diagnóstico de mielopatía difusa L3 – S1, catalogado como de origen común [...]. En este sentido no puede perderse de vista que el Decreto 4433 de 2004 -artículo 11.1- no exige una discapacidad total para poder acceder a la sustitución pensional, sí es necesario que el hijo(a) inválido (a) dependa del causante y no pueda suministrarse por sí mismo los medios para su subsistencia en condiciones dignas, situación que debe ser analizada en cada caso particular [...]. [B]asta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna [...]. [E]l fin primordial de la sustitución pensional consiste en salvaguardar al núcleo familiar que dependía económicamente del causante, para que pueda continuar atendiendo sus necesidades.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 25 de marzo de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2015-02700-01\(3438-19\)](#)

# SECCIÓN TERCERA

## 1. El demandante tiene la carga argumentativa de acreditar que la parte civil habría tenido una alta probabilidad de resarcimiento de los perjuicios como consecuencia de la sentencia penal condenatoria, de no haber ocurrido la prescripción de la acción penal.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la responsabilidad patrimonial de la Rama Judicial para obtener la reparación del daño causado a los demandantes por la providencia que declaró la prescripción de la acción penal en el proceso adelantado contra cirujana, por el delito de homicidio culposo, lo que impidió que los demandantes pudieran obtener la indemnización de los perjuicios civiles dentro de dicho asunto.*

**PROCESO PENAL / SENTENCIA CONDENATORIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN / PARTE CIVIL EN EL PROCESO PENAL / SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES / CONSTITUCIÓN DE PARTE CIVIL / DEMANDA DE PARTE CIVIL / DERECHOS DE LA PARTE CIVIL / FACULTADES DE LA PARTE CIVIL / INTERVENCIÓN DE LA PARTE CIVIL / CERTEZA DEL DAÑO / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / REQUISITOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / FINALIDAD DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

**Problema jurídico 1:** *¿Cuáles son los presupuestos para determinar la pérdida de oportunidad en asuntos en los cuales la parte civil es parte dentro del proceso penal que culmina con la declaratoria de prescripción de la acción?*

**Tesis 1:** “[S]i la sentencia penal condenatoria fue recurrida dentro del proceso penal y el recurso no pudo ser resuelto por la ocurrencia de la prescripción de la acción penal, la parte demandante tiene la carga argumentativa de demostrar que existía una alta probabilidad de que la condena penal y la correspondiente indemnización de perjuicios habría sido confirmada de haberse resuelto los recursos. Ello implica exponer en el proceso de reparación directa las razones que permitieran a la Sala deducir que el recurso de casación interpuesto no tenía vocación de prosperidad. (...) los demandantes no solicitaron oportunamente el embargo y secuestro de los bienes de la imputada en el trámite del proceso penal, circunstancia que afectaba la certeza de obtener el resarcimiento efectivo del daño por parte de la cirujana (...) La posibilidad que tiene el demandante de obtener el pago efectivo de una condena en un proceso judicial depende fundamentalmente de solicitar oportunamente medidas cautelares sobre los bienes del demandado. La ley le otorga esa facultad al acreedor precisamente para que la duración del proceso no afecte un derecho que aún no ha sido declarado; la regla general del proceso civil conforme con la cual el embargo de bienes no procede sino cuando se cuenta con un <<título ejecutivo>> no se aplica en el proceso penal: aquí la parte civil tiene derecho a solicitar el embargo de bienes desde antes de que se profiera la condena, precisamente para lograr que ella sea efectiva y evitar que el sindicado se insolvente mientras dura el proceso”.

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / REPARACIÓN DEL DAÑO / PROCESO PENAL / CONSTITUCIÓN DE PARTE CIVIL / DEMANDA DE PARTE CIVIL / DERECHOS DE LA PARTE CIVIL / FACULTADES DE LA PARTE CIVIL / INTERVENCIÓN DE LA PARTE CIVIL / REPARACIÓN DEL DAÑO / CERTEZA DEL DAÑO / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / DEBERES DE LAS PARTES EN EL PROCESO / CARGA PROCESAL / CARGA DE LA PRUEBA / REQUISITOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / FINALIDAD DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

**Problema jurídico 2:** *¿La sentencia penal condenatoria es prueba suficiente para declarar la pérdida de oportunidad de la parte civil, cuando opera la prescripción de la acción penal antes de surtirse los recursos contra dicha decisión?*

**Tesis 2:** “[N]o era suficiente acreditar que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó penalmente a la cirujana (...) y ordenó la reparación de perjuicios civiles para demostrar la certeza de

la oportunidad perdida. En relación con la certeza de la oportunidad perdida en casos similares al sub iudice, esta Subsección ha precisado que la parte demandante tiene la carga argumentativa de demostrar que la parte civil habría tenido una alta probabilidad de obtener la reparación efectiva de los perjuicios como consecuencia de la sentencia penal condenatoria, de no haberse declarado la prescripción de la acción penal. (...) la parte actora debe acreditar la notoria solvencia del penalmente responsable o, en su defecto, que la parte civil haya solicitado medidas cautelares para garantizar el pago efectivo de los perjuicios civiles.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la declaratoria de responsabilidad del Estado por pérdida de oportunidad de la abogada de los demandantes en este mismo asunto, ver Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2019, proceso N°. 2010-00152-01 (43557). M.P.: Dr. María Adriana Marín. En cuanto al deber de acreditar la notoria solvencia del penalmente responsable o, en su defecto, que la parte civil haya solicitado medidas cautelares para garantizar el pago efectivo de los perjuicios civiles, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Expediente 76001-23-31000-2010-02089-01 (50551). Sentencia del 26 de julio de 2021. M.P.: Dr. Alberto Montaña Plata. En cuanto a la configuración de la pérdida de oportunidad en un caso similar al presente, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Expediente 63001-23-31-000-2003-00002-01(38047) Sentencia del 31 de mayo de 2016. M.P.: Dr. Danilo Rojas Betancourth.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 11 de octubre de 2021; C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 54001-23-31-000-2010-00151-01\(42750\)](#)

### **Salvamento de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez**

#### **SALVAMENTO DE VOTO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / FINALIDAD DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / ACREDITACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / MORA JUDICIAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / DILACIÓN INJUSTIFICADA DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PROCESO PENAL / PARTE CIVIL EN EL PROCESO PENAL**

**Tesis:** [E]n el sub lite se configuró la responsabilidad extracontractual del Estado, por cuanto: i) la prescripción de la acción penal sucedió por dilación injustificada lo cual inclusive motivó a la Corte Suprema de Justicia a enviar copias para que se investigue la conducta de los jueces de instancia, ii) se encuentra probada la pérdida de oportunidad porque había una expectativa real y legítima de lograr la indemnización en razón de que la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta declaró la responsabilidad de la médica denunciada y ordenó la reparación de las víctimas constituidas en parte civil, y iii) existe un precedente de esta misma Corporación que otorgó indemnización por pérdida de oportunidad por los mismos hechos a la abogada de las víctimas, luego, no resulta admisible indemnizar a la apoderada judicial y no a las víctimas del punible.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 11 de octubre de 2021; C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 54001-23-31-000-2010-00151-01\(42750\) SV Fredy Ibarra Martínez](#)

## **2. La invocación de la causal de la prueba recobrada en el recurso extraordinario de revisión no se previó para enmendar la inactividad probatoria sino para superar las circunstancias para hacerla valer dentro del proceso.**

**Síntesis del caso:** *Extrabajadores demandaron en reparación directa a tres entidades porque permitieron que en el proceso liquidatorio de su antiguo empleador no les pagaran sus acreencias laborales. En primera instancia se negaron las pretensiones y, en segunda instancia se confirmó la decisión porque no acreditaron la existencia del daño. Los demandantes promovieron recurso extraordinario de revisión con fundamento en unos documentos recobrados después del fallo de segundo grado.*

#### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CARECE DE FUNDAMENTO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO**

**DE REVISIÓN / CARENCIA DEL OBJETO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / INCUMPLIMIENTO DEL DEBER PROBATORIO / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / REQUISITOS DE LA PRUEBA RECOBRADA / IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA RECOBRADA**

**Problema jurídico 1:** *¿Las pruebas allegadas con el recurso extraordinario son documentos encontrados y/o recobrados después de la sentencia impugnada que no pudieron ser aportados por los recurrentes y, tenían la capacidad de cambiar el sentido de la decisión atacada?*

**Tesis 1:** “El recurso se declarará infundado porque los documentos allegados no cumplen con los requisitos exigidos por el numeral 1 del artículo 250 del CPACA (...) En el presente asunto la parte recurrente no invocó como fundamento del recurso una circunstancia de fuerza mayor para allegar la prueba ni tampoco adujo ni explicó que estas pruebas eran decisivas para el análisis del caso y que hubieran cambiado el sentido de la decisión. En segundo término, respecto de los demás documentos los recurrentes omitieron explicar, tal como lo señaló el Ministerio Público, cómo recobraron esas pruebas pues, en ningún aparte expresaron por qué llegaron a su poder hasta ahora o si estaban extraviados, ocultos, escondidos, perdidos o refundidos; la causal no se previó para enmendar la inactividad probatoria sino para superar las circunstancias que en su momento impidieron hacer valer una prueba dentro del proceso. Aun si se obviara esa circunstancia, los interesados tampoco justificaron cómo esas pruebas podían cambiar el sentido de la decisión, carga argumentativa que les correspondía como sustento de la causal invocada y que no puede suplir la Sala oficiosamente”.

**EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / PROCESO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / CARGA PROCESAL / INTERÉS PÚBLICO / CONCEPTO DE CONDENA EN COSTAS / CONCEPTO DE COSTAS PROCESALES / NATURALEZA DE LAS COSTAS PROCESALES / ELEMENTOS DE LA CONDENA EN COSTAS / FINALIDAD DE LA CONDENA EN COSTAS / IMPOSICIÓN DE COSTAS PROCESALES / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

**Problema jurídico 2:** *¿Cuál es el criterio para la condena en costas en los asuntos relativos al recurso extraordinario de revisión?*

**Tesis 2:** “El objetivo del legislador es que el ejercicio del derecho de acción a través de los medios de control se haga de manera responsable, leal y seria, tanto así que consagró la posibilidad de que aun en los procesos en que se ventile un interés público (contencioso objetivo) sea procedente y viable la condena en costas siempre y cuando se acredite que la demanda se presentó con “manifiesta carencia de fundamento legal”. El artículo 188 del CPACA fijó (i) la regla general de la procedencia de las costas en los procesos contencioso administrativos; además (ii) definió la excepción a la regla, esto es, los procesos en que se ventile un interés público y, por último, (iii) consagró una excepción a la excepción, puesto que será posible condenar en costas incluso en los procesos contencioso objetivos sobre la condición de que se acredite que la demanda carece por completo de fundamento legal. Esta hermenéutica garantiza el principio interpretativo del efecto útil de las normas; se adecúa de manera sistemática con el propósito del legislador de promover el ejercicio recto y responsable del derecho de acción y permite darle un entendimiento apropiado a la expresión “en todo caso” con la cual el legislador estableció, como excepción a la excepción, la posibilidad de condenar en costas aun en los procesos en los que se ventile un interés público. (...) la mejor interpretación de la disposición es aquella que promueve la efectividad y aplicabilidad de la norma a través de la sistematicidad entre los incisos primero y segundo del artículo 188 ibidem, que garantiza la aplicación de la regla general -condena en costas para la parte vencida, demandante o demandada, en cualquier tipo de procesos- salvo en los que se ventile un interés público (acciones públicas) y, en todo caso, en este tipo de asuntos será procedente la condena en costas al demandante cuando se advierta que la demanda carece por completo de fundamento legal porque se castiga el ejercicio infundado e irresponsable del derecho de acción, al promover un desgaste innecesario del aparato jurisdiccional. (...) [E]xisten disposiciones especiales en el CPACA que regulan la imposición de costas. En estos eventos específicos el operador judicial dará aplicación preferente a la norma especial sobre la general, como por ejemplo el artículo 255 CPACA, modificado por el artículo 70 de la Ley 2080 de 2021- sobre recurso extraordinario de revisión cuando se declara infundado. En este caso concreto los recurrentes serán ser condenados en costas no con fundamento en el artículo 255 del CPACA sino con apoyo en el artículo 188 de la misma codificación toda vez que para la fecha de presentación del recurso -lo cual se hace a través de una nueva demanda- no había sido expedida la Ley 2080 de 2021 que expresamente estableció que la sentencia que lo declare infundado condenará en costas y perjuicios al recurrente. (...) para efectos de la condena en costas y la fijación en agencias en derecho se tendrán en cuenta las disposiciones normativas del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Además, considera prudente fijar como baremo el 50% de las sumas correspondientes en cada caso concreto según los máximos y mínimos

definidos en la citada normativa, sin que esto impida que en determinados casos la fijación de las agencias en derecho pueda ser inferior o superior a ese porcentaje en atención a las particularidades de cada caso concreto.”

NOTA DE RELATORÍA: En relación con la normatividad alusiva a la condena en costas, ver sentencia de 18 de febrero de 1999; Exp. 10775; C.P. Ricardo Hoyos Duque y de la Corte Constitucional C 043 de 2004.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 11 de octubre de 2021; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-26-000-2019-00011-00\(63217\)](#)

**3. Se niega el recurso extraordinario de revisión al Hospital San José E.S.E. de Restrepo (Valle del Cauca), porque no acreditó los presupuestos de procedencia de la causal primera, es decir que, no pudo aportar el contrato de transacción entre la víctima directa y la compañía de seguros, por fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte. La Sala aplicó el principio nadie puede alegar su propia culpa, reiteró que este recurso no es una tercera instancia y condenó en costas a la entidad.**

*Síntesis del caso: La víctima directa y su grupo familiar presentaron acción de reparación directa en contra del Hospital San José E.S.E. de Restrepo (Valle del Cauca) para que se declarara su responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las lesiones psicofísicas padecidas por el primero, en el accidente de tránsito provocado por un vehículo de propiedad de la demandada. El Hospital San José E.S.E. de Restrepo (Valle del Cauca) presentó recurso extraordinario de revisión en contra de la providencia de segunda instancia, con fundamento en las causales 1ª y 8ª de revisión del artículo 250 del CPACA, pues, a su juicio, al momento de emitir el fallo de segundo grado, no se conocían los documentos que acreditaban el contrato de transacción suscrito entre La Previsora S.A. compañía de seguros y la víctima directa.*

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / PRUEBA RECOBRADA / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / DOCUMENTOS DECISIVOS DESPUÉS DE LA SENTENCIA / REQUISITOS DE LOS DOCUMENTOS DECISIVOS DESPUÉS DE LA SENTENCIA / CAUSA EXTRAÑA / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NEGACIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 1:** *¿La causal primera de revisión de la sentencia, relativa a la prueba recobrada, procede cuando existen documentos decisivos que no fue posible aportarlos al proceso ordinario antes de la ejecutoria del fallo por la ocurrencia de una causa extraña?*

**Tesis 1:** “La parte actora invocó la causal de revisión contenida en el numeral 1 del artículo 250 del CPACA (...). Los presupuestos de la causal primera han sido de aceptación unánime por la jurisprudencia, y se reducen a: i) que se recobre, encuentre o halle una prueba documental; ii) que ésta sea decisiva para cambiar el sentido del fallo; iii) que el documento se hubiera recobrado después de ejecutoriada la sentencia y iv) que la imposibilidad de aportación por parte del recurrente obedezca a una causa extraña: fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la causal procede cuando, existiendo documentos, estos no pueden aportarse al proceso ordinario, por una causa extraña - fuerza mayor, caso fortuito- o por obra de la parte contraria, que en todo caso resultan ajenas a la voluntad del demandante. Adicionalmente, el documento debe ser decisivo para dictar sentencia, de tal forma que de haberse aportado oportunamente otro sería el resultado. (...) [E]n relación con la causal prevista en el numeral 1º del artículo 250 del CPACA, al Hospital San José E.S.E. de Restrepo le correspondía demostrar que la

prueba documental recobrada no pudo ser aportada al proceso, por la ocurrencia de una fuerza mayor, de un caso fortuito o por obra de la contraparte. (...) En ese orden de ideas, no obra en el proceso una justificación clara y convincente de que le fue imposible aportar los documentos en los momentos probatorios idóneos en el proceso contencioso ordinario o, inclusive, antes de que entrara el expediente para dictar sentencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, o que los mismos se encontraban extraviados. En conclusión, como la ocurrencia de los supuestos anteriores es la única manera de desvirtuar la existencia de culpa o negligencia de la parte demandante durante todo el proceso de reparación directa, debe aplicarse en el caso concreto el principio *nemo propriam turpitudinem allegans potest*, esto es, nadie puede alegar y beneficiarse de su propia culpa. Acorde con lo precedente, el recurso extraordinario de revisión propuesto, al no reunir las exigencias mínimas para su procedencia, será declarado infundado porque la finalidad que persigue es la de reabrir la oportunidad para aportar unos documentos que acreditaban la celebración de un contrato de transacción suscrito entre el señor (...) y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, situación que resulta abiertamente improcedente, si se tiene en cuenta que dichos documentos estuvieron al alcance de la entidad recurrente durante el trámite del proceso ordinario.”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los presupuestos de procedencia de la causal primera de revisión de la sentencia, consultar providencia de 28 de junio de 2012, Exp. 1308-10, C.P. Alfonso Vargas Rincón

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / PRUEBA RECOBRADA / REQUISITOS DE LA PRUEBA RECOBRADA / DOCUMENTOS DECISIVOS DESPUÉS DE LA SENTENCIA / REQUISITOS DE LOS DOCUMENTOS DECISIVOS DESPUÉS DE LA SENTENCIA / PRUEBA DOCUMENTAL / DOCUMENTO / PROCEDENCIA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 2:** *¿La causal primera de revisión, relativa a la prueba recobrada, procede ante la existencia de pruebas nuevas distintas a la documental?*

**Tesis 2:** “Que se trate de pruebas documentales: Este requisito se incorporó con la Ley 446 de 1998, porque se estableció que la prosperidad de la causal se condiciona a la recuperación de documentos”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los requisitos de procedencia de la causal primera de revisión, consultar providencia de 9 de mayo de 2012, Exp. 28821, C.P. Enrique Gil Botero. Sobre la exigencia de que la prueba recobrada sea documental, ver: sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 01820, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / PRUEBA RECOBRADA / REQUISITOS DE LA PRUEBA RECOBRADA / DOCUMENTOS DECISIVOS DESPUÉS DE LA SENTENCIA / REQUISITOS DE LOS DOCUMENTOS DECISIVOS DESPUÉS DE LA SENTENCIA / PRUEBA DOCUMENTAL / DOCUMENTO / PROCEDENCIA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 3:** *¿Debe el accionante en revisión acreditar que el documento que sustenta la causal primera de revisión fue recobrado después de proferida la sentencia impugnada?*

**Tesis 3:** “Que se trate de prueba recobrada. Respecto al documento recobrado, la jurisprudencia ha señalado que debe tratarse de un elemento probatorio nuevo, que siendo decisivo para el sentido de la sentencia no hizo parte de ella, por imposibilidad del interesado de aportarlo (...). La jurisprudencia ha entendido que se trata de un documento preexistente al momento de proferir la sentencia, pero que el demandante sólo lo obtuvo después de vencido el término de ejecutoria, es decir, para considerar que una prueba es recobrada es necesario tener como referente temporal la sentencia atacada, respecto a la cual la prueba debe preexistir, pero el demandante solo la obtuvo con posterioridad. (...) Como consecuencia, la utilización del término recobrar contiene una intención clara, esto es, asegurar que el recurso de revisión no se utilice como mecanismo para subsanar errores cometidos durante la etapa probatoria, y evitar que el nuevo proceso de revisión se convierta en una nueva instancia, en la que se reabra el debate probatorio. En desarrollo de lo anterior, le corresponde al accionante en revisión acreditar que el documento que sustenta la causal fue recobrado después de proferida la sentencia impugnada, y que no lo pudo aportar por fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte. Por tanto, se excluyen la culpa, la negligencia o la desidia como justificaciones de procedencia del recurso. A contrario sensu, la prueba que se encontraba en poder del recurrente antes de proferirse la sentencia no cumple con el requisito de ser recobrada, pues se limita a que sea recuperada después de proferida la sentencia.”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la noción de prueba recobrada, consultar providencias de 18 de junio de 1993, Exp. 5614; de 8 de octubre de 1994, Exp. 043; de 30 de marzo de 2004, Exp. REV 0145, C.P. Darío Quiñonez Pinilla; de 28 de junio de 2012, Exp. 1308-10, C.P. Alfonso Vargas Rincón.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / DOCUMENTOS DECISIVOS DESPUÉS DE LA SENTENCIA / REQUISITOS DE LOS DOCUMENTOS DECISIVOS DESPUÉS DE LA SENTENCIA / CARGA DE LA PRUEBA / EXIGENCIA DE CARGA DE LA PRUEBA / APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / CAUSA EXTRAÑA / PRUEBA DE LA CAUSA EXTRAÑA / FUERZA MAYOR / PRUEBA DE FUERZA MAYOR / CASO FORTUITO / PRUEBA DEL CASO FORTUITO / ACTUACIÓN DE LAS PARTES DEL PROCESO / PRUEBA RECOBRADA / PRINCIPIO NEMO AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS / PRINCIPIO NADIE PUEDE ALEGAR SU PROPIA CULPA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 5:** *¿Debe el accionante en revisión, acreditar que el documento que sustenta la causal primera de revisión, no lo pudo aportar por fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte?*

**Tesis 5:** “El recurrente no la pudo aportar por fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte. Según esta condición, la prueba documental no ha debido estar en el proceso ordinario, pues si así fuera no se trataría de una prueba recobrada, sino de un medio de convicción que se allegó al proceso pero el fallador no la decretó; o no se valoró al tomar la decisión; o simplemente no tuvo la fuerza suficiente para acreditar el hecho que pretendía acreditar, así es que si la prueba se encontraba en el expediente, se podrá concluir que el demandante en revisión lo que persigue es reabrir la etapa probatoria del proceso ordinario, a modo de tercera instancia. (...) Adicionalmente, las razones por las cuales el recurrente no aportó la prueba al proceso ordinario deben obedecer a uno de tres supuestos mencionados, es decir: fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte. De lo expuesto se concluye que es carga del demandante acreditar la configuración de alguno de los supuestos, pues no existe presunción legal de su acaecimiento, ni podría el juez interpretar a su favor la ocurrencia de estos, si en el escrito del recurso no obra justificación clara y convincente de que le fue imposible aportar los documentos en el momento indicado, únicamente por la ocurrencia de fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte. En conclusión, como la ocurrencia de los supuestos anteriores es la única manera de desvirtuar la existencia de culpa o negligencia de la parte actora durante la etapa probatoria –fuerza mayor, caso fortuito u obra de la parte contraria-, le corresponde acreditarlos so pena de que no prospere el recurso de revisión, de lo contrario debe aplicarse el principio nemo propriam turpitudinem allegans potest, esto es, nadie puede alegar su propia culpa...”.

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la carga de la prueba para la procedencia de la causal primera de revisión de la sentencia, consultar providencia de 18 de junio de 1991, Exp. REV 016, C.P. Consuelo Sarria Olcos

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / SENTENCIA CONTRARIA A OTRA ANTERIOR QUE CONSTITUYA COSA JUZGADA / REQUISITOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / PRESUPUESTOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / SENTENCIA CONTRADICTORIA / COSA JUZGADA / SUPUESTO DE LA COSA JUZGADA / EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA / EFECTOS DE LA COSA JUZGADA / ELEMENTOS DE LA COSA JUZGADA / REQUISITOS DE LA COSA JUZGADA**

**Problema jurídico 6:** *¿Para que proceda la causal octava de revisión de la sentencia, relativa a ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada, el accionante debe acreditar la existencia de sentencias contradictorias, los elementos de la cosa juzgada y la imposibilidad de proponer la cosa juzgada como excepción?*

**Tesis 6:** “Respecto a la causal de revisión prevista en el numeral 8º del artículo 250 del CPACA, esta Corporación ha indicado que es necesario que: i) existan dos sentencias contradictorias; ii) que la providencia contrariada constituya cosa juzgada, lo cual sucede en procesos donde están involucradas las mismas partes, que versan sobre el mismo objeto y se adelantan por la misma causa; y iii) que en el segundo proceso no se haya podido proponer como excepción la cosa juzgada. (...) Así mismo, para comprender la citada causal hay que tener presente el alcance y los efectos que la ley procesal civil le da a la cosa juzgada en su artículo 303, esto es, que se requiere la concurrencia de los siguientes elementos i) identidad de objeto, ii) identidad de causa e iii) identidad de partes”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los presupuestos de procedencia de la causal octava de revisión de la sentencia, consultar providencia de 2 de abril de 2013, Exp. 11001-03-15-000-2001-00118-01 (REV), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 8 de noviembre de 2021; C.P. María Adriana Marín, radicación: 76111-33-31-701-2010-00201-01\(51617\).](#)

## 4. Es procedente la acción de reparación directa por error judicial provocado por una decisión que no cobró firmeza por haber sido revocada.

**Síntesis del caso:** *En cumplimiento de un fallo de tutela de primera instancia se efectuó un pago que, a juicio del demandante, no debió hacerse porque la tutela no era procedente y no había fundamento para amparar el derecho fundamental al debido proceso. La actora alega que, aunque se reconoce que, con posterioridad, el fallo de tutela fue revocado, lo cierto es que mientras estuvo vigente causó un daño que debe ser reparado.*

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / PROVIDENCIA JUDICIAL / FALLA DEL SERVICIO / CERTEZA DEL DAÑO / EXISTENCIA DEL DAÑO / EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA / EFECTOS DE LA SENTENCIA / CAUSACIÓN DEL DAÑO / LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**Problema jurídico 1:** *¿Es procedente la reparación de los perjuicios derivados de la expedición de una providencia judicial que ha sido revocada?*

**Tesis 1:** “En asuntos en los que se ha alegado un error judicial provocado por una decisión judicial que no cobró firmeza porque fue revocada, esta corporación ha asumido dos posturas en las que, en todo caso, se ha resuelto estudiar de fondo el asunto. La primera, señala que, aunque no procede el estudio del error judicial, por falta de un presupuesto, sí debe estudiarse si existió o no una falla en el servicio de administración de justicia. La segunda, argumenta que, el hecho de que hubiera producido efectos y con ello un daño cierto, constituye razón suficiente para estudiar el error judicial pues exigir la firmeza, por ejemplo, en las sentencias de tutela que se ejecutaron sin cobrar firmeza contraría la finalidad de la disposición. Expuesto lo anterior, sin duda, el asunto debe ser estudiado de fondo. Ahora, en la medida que la Ley estatutaria 270 de 1996 estableció los títulos por los cuales debe responder el Estado ante una acción de uno de sus agentes como el caso concreto, la Sala se sujetará a ello y estudiará si, en la decisión judicial estudiada, se produjo un error judicial. Respecto de la falta de firmeza de la decisión, la Sala, comparte lo ya expuesto por esta corporación. Esto es, que la interpretación de esa disposición no puede ser aquella en la que la ausencia de la firmeza formal impida el estudio cuando una decisión se ha ejecutado, ha producido efectos y ha causado un daño cierto. Para la sala, una interpretación gramatical de esa disposición llevaría a resultados inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico.”.

**CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / ACTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN / FIRMEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / DAÑO ANTIJURÍDICO / REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / DEBIDO PROCESO**

**Problema jurídico 2:** *¿Incorre en un daño antijurídico la Rama Judicial cuando el operador judicial adopta una decisión en sede de tutela sin consultar las exigencias de procedencia de la misma y esta es posteriormente revocada?*

**Tesis 2:** “De acuerdo con el artículo 73 del CCA es posible revocar actos particulares que creen o modifiquen situaciones jurídicas. En el caso concreto el numeral 2 de la Resolución No. 32 de 2004, lejos de hacerlo, ejecutaba una orden; en otras palabras, acataba un fallo judicial, esto es, el amparo transitorio otorgado por el

Tribunal Superior de Bogotá dentro de la acción de tutela 2003-00964-01. En consecuencia, se trataba de un acto de ejecución que no podía ser revocado y no podía el juez constitucional aplicar el artículo 73 del CCA como lo realizó. (...) el daño es imputable a la Rama Judicial, dado que el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá estudió de fondo la tutela y amparó el debido proceso, sin tener en cuenta que el ordenamiento jurídico le impedía realizarlo. Esa situación pudo evitarse, si el juez hubiera estudiado –como le correspondía hacerlo– las causales de procedencia de la tutela, e incluso, el propio informe de Fonprecon que ponía en evidencia que existía un medio ordinario para que se ventilara la controversia o si se hubiera percatado que el artículo 73 del CCA no aplicaba a ese caso. Para la Sala, el hecho de haber efectuado un pago de \$ 72.394.624 sin la posibilidad de recuperarlo, porque un operador judicial, en un trámite de tutela, no revisó las exigencias mínimas de procedencia de la acción de tutela y aplicó indebidamente el ordenamiento jurídico, constituye un daño antijurídico que debe ser reparado”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la procedencia de la acción de reparación directa por error judicial, consultar sentencia de 26 de abril de 2018; 44685; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, de 11 de julio de 2019; Exp. 51351; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, de 18 de mayo de 2017; Exp. 40786; C.P. Danilo Rojas Betancourth, de 6 de julio de 2017; Exp. 36986; C.P. Danilo Rojas Betancourth, de 14 de febrero de 2018; Exp. 43735; C.P. Danilo Rojas Betancourth y de 12 de agosto de 2019; Exp. 47505; C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. En cuanto a la configuración de un error judicial por utilizar la tutela como mecanismo principal para la reliquidación de mesadas pensionales de excongresista, ver Sentencia de 13 de abril de 2016. Rad. 25000-23-26-000-2005-02325-01(35539) y sentencia de 14 de febrero de 2018. Rad. 25000-23-26-000-2006-10115-01(43735).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 11 de octubre de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-26-000-2009-00554-01\(48443\)](#)

## 5. En firme declaratoria de caducidad de cuantioso convenio de asociación del Departamento de Casanare por insuficiencia probatoria del contratista.

**Síntesis del caso:** *La controversia versa sobre la legalidad de unos actos administrativos por medio de los cuales el Departamento de Casanare: (i) declaró la caducidad del Convenio 25 del 30 de junio de 2009 celebrado entre esta entidad territorial y la Asociación Luna Roja; (ii) ordenó el reintegro de la suma de \$2.988'000.000 correspondiente al aporte del Departamento para desarrollar el objeto del convenio; (iii) declaró la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza 300028484 expedida por Seguros Cóndor S.A. y, (iv) ordenó hacerla efectiva.*

**CONVENIO DE ASOCIACIÓN / REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL – Incumplimiento por que el negocio jurídico se rige por las normas de contratación entre particulares**

**Problema Jurídico:** *¿Se configuraron o no las condiciones para declarar, de oficio, la invalidez del negocio jurídico celebrado?*

**Tesis:** Descendiendo ya al caso concreto y de cara, exclusivamente, al contenido del convenio 25 de 2009, porque, se insiste, en el expediente no hay otras pruebas que conduzcan a determinar las circunstancias y/o motivaciones que rodearon su celebración, la Sala concluye que en este caso no estaban dados los elementos para declarar oficiosamente la nulidad de ese negocio jurídico, toda vez que, según indica su contenido, al menos, formalmente, correspondió a un convenio de aquéllos a los que se refiere el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 777 de 1992, además de constar por escrito, su celebración estaba sometida a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares y no, como concluyó el a quo, a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por lo mismo que, según el Tribunal, estuviera acreditado que previo a su celebración no se hicieron estudios previos ni se adelantó licitación pública, no conducía, con los elementos de prueba que obran en este proceso, a su nulidad. A pesar de que, a la luz de lo dispuesto en los artículos 29 del CCA y 39 del CPC, es reprochable que el Departamento haya omitido su deber de expedir copias auténticas de toda la información del expediente contractual –que, de conformidad con el oficio remitido de la Oficina de Asesoría Jurídica del 27 de abril de 2011 estaba compuesto por 2 carpetas con 471 folios, y no solo del convenio y las constancias de notificación y ejecutoria de las resoluciones demandadas

que fue los documentos que aportó—, lo cierto es que, de cara a la información que obra en el expediente y a la que acaba de hacerse referencia, esta sola circunstancia no era suficiente para que el Tribunal hiciera las inferencias que desembocaron en la conclusión de que estaban acreditados fehacientemente los elementos estructurales que, de conformidad con la ley, habilitan al juez para declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico, pues, en el contexto previamente referenciado, lo único que prueba la conducta del demandado es su incumplimiento del deber de acatar un requerimiento judicial. (...) Cabe destacar que aun si se considerara que el incumplimiento de la orden impartida por el Tribunal de aportar la documentación requerida a la parte demandada debe apreciarse como un indicio en su contra, lo cierto es que, en todo caso, no sería suficiente para tener por acreditados los elementos estructurales que habilitan al juez a ejercer la facultad-deber de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato. Como ya se mencionó, la posibilidad de declarar de oficio la nulidad absoluta de un negocio jurídico requiere que aparezca probado, de manera palmaria, el vicio que se deprecia como fundamento de la sanción de nulidad. Este umbral de prueba excluye la posibilidad, de manera general, de que los indicios, que son ejercicios lógicos de inferencia para determinar la existencia de un hecho desconocido —en este caso la inexistencia de un proceso licitatorio y de la falta de elaboración de estudios previos—, sustenten el ejercicio de tal facultad-deber. Aun pasando por alto lo anterior, tendría que señalarse que ese solo indicio no sería suficiente para concluir que en este caso se reunieron los requisitos exigidos por la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta del Convenio 25 de 2009, toda vez que, además de que no hay otros elementos de juicio que conduzcan con certeza a la conclusión a la que se arribó el a quo con fundamento en el incumplimiento de la orden que emitió, esto es, que no se realizaron estudios previos ni se adelantó licitación pública, lo cierto es que, en relación con lo primero, existen otros medios de prueba que conducen a señalar que tales estudios sí se elaboraron y, en relación con lo segundo, porque, según se analizó, a partir de las pruebas que obra en el plenario, no es posible concluir que el agotamiento de dicho procedimiento de selección fuera obligatorio. Por lo anteriormente expuesto, la Sala debe concluir que en este caso no se reúnen las condiciones a las que se refieren los artículos 1742 del Código Civil y 87 del CCA —inciso tercero— para declarar oficiosamente la nulidad absoluta del convenio, pues, por las razones que acaban de expresarse, los vicios a los que aludió el Tribunal no están plenamente acreditados en el proceso y, por tanto, mucho menos puede decirse que sean palmarios.

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto de la magistrada María Adriana Marín.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 30 de julio de 2021, C. P. José Roberto SÁCHICA Méndez, radicación 85000-23-31-000-2011-10099-01\(48957\).](#)

## 6. Constituye desconocimiento del principio de planeación por falta de diligencia de la entidad contratante, cuando no extiende la interventoría de un contrato prorrogado en su plazo inicial.

**Síntesis del caso:** *Se alega la supuesta ruptura del equilibrio económico de contrato de obra, cuyo objeto consistió en “la construcción, rehabilitación y mantenimiento de accesos a barrios y pavimentos locales - programa pavimentos locales, grupo 4: localidades de Ciudad Bolívar, San Cristóbal y Usme, desequilibrio que, según se afirma, se produjo en detrimento del contratista por la mayor permanencia en obra generada por causas imputables a la entidad contratante, debido a: i) la falta de entrega oportuna de estudios y diseños; ii) inconvenientes en la aprobación de los planes de manejo de tráfico; iii) falta de disponibilidad de predios e interferencias en redes de servicios públicos; iv) demora en la escogencia del interventor. Igualmente se alega que el consorcio sufrió perjuicios por la demora en los pagos acordados y por no reajustar los precios para la etapa de mantenimiento.*

**CONTRATO DE INTERVENTORÍA / EFECTOS DE LA INTERVENTORÍA / FACULTADES DEL INTERVENTOR / FUNCIÓN DEL INTERVENTOR / INTERVENTOR / INTERVENTORÍA / OBJETO DEL CONTRATO DE INTERVENTORÍA / OBJETO DEL INTERVENTOR / SUPERVISIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / COMPETENCIA DE INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO / FACULTADES DEL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO / FUNCIONES DEL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO / RESPONSABILIDAD DEL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO / SUSPENSIÓN DE LA**

**EJECUCIÓN DEL CONTRATO / SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN**

**Problema jurídico 1:** *¿Es responsable la entidad estatal contratante cuando omite realizar la labor de mantener vigente la interventoría en el marco de la ejecución de un contrato que presenta extensión en el tiempo inicialmente pactado?*

**Tesis 1:** “El pliego de condiciones en su numeral 4.6 determinó que el IDU mantendría durante todo el tiempo de ejecución del contrato, un interventor encargado de verificar, de conformidad con el Manual de Interventoría del IDU, que el contrato se desarrollara de acuerdo con las especificaciones y normas de los mismos. Como se vio, la razón principal que condujo a la suspensión del contrato (...) estribó en que finalizó el plazo del contrato de interventoría suscrito para la supervisión técnica de la obra, término durante el cual el IDU debió adelantar el procedimiento de selección para escoger una nueva firma interventora. Al respecto, la Sala considera que la aludida prolongación del plazo se produjo por razones atribuibles al ente estatal contratante, habida cuenta de que desatendió su obligación de mantener vigente la interventoría por el tiempo que durara la obra, situación que al presentarse denotó una falta de diligencia del IDU que invadió la órbita de su responsabilidad en la gestión. Ciertamente, el apartamiento del numeral 4.6 del pliego de condiciones reveló un desconocimiento del deber de planeación, en consideración a que el IDU, a sabiendas de que el contrato de obra se hallaba en medio de su ejecución, esperó a que venciera la interventoría sin adelantar previamente la escogencia del nuevo interventor que habría de continuar su seguimiento técnico y financiero.”

**INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / AMPLIACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MAYOR PERMANENCIA DE LA OBRA PÚBLICA / SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO / SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / SISTEMA DE SANA CRÍTICA / PRINCIPIO DE EQUIDAD / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ADICIONAL / ADICIÓN AL CONTRATO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO / OBJECIONES DEL CONTRATANTE / OBJECIONES DEL CONTRATISTA / PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD / AFECTACIÓN DE LA ECUACIÓN FINANCIERA DEL CONTRATO ESTATAL / DESEQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

**Problema jurídico 2:** *¿Cuál es el alcance de los acuerdos contractuales, establecidos inicialmente para las actas de liquidación bilateral pero que se extienden durante la ejecución del contrato cuando las partes debaten glosas u observaciones sobre el cumplimiento del cronograma o la inversión en obra?*

**Tesis 2:** “Sobre la ausencia de salvedades en los acuerdos modificatorios, de suspensión o prórroga de los contratos, esta Subsección en sentencia de la pasada anualidad precisó que la improcedencia de las reclamaciones que se presentan en contravía de los acuerdos contractuales no se identifica con la incorporación automática e inmutable de una tarifa interpretativa acerca del requisito formal de la salvedad. En cada caso se debe partir del análisis del contenido del respectivo acuerdo, de sus antecedentes y de las condiciones particulares que, frente a la conducta de las partes como reglas hermenéuticas de su intención, se presentan, para determinar el alcance de los otrosíes correspondientes (...). Con todo, aun cuando la inexistencia de salvedades ha sido invocada como una de las reglas para la interpretación del alcance del otrosí de prórroga, se advierte que su ausencia no impide el estudio de fondo de las respectivas reclamaciones y no constituye argumento suficiente para desechar las pretensiones correspondientes, en tanto es fundamental analizar igualmente la conducta de las partes en relación con los mismos aspectos que dan lugar a la suscripción de esos documentos, con el propósito de desentrañar su verdadera voluntad, y las reales causas del desequilibrio y, por ende, la determinación del sujeto llamado a restablecerlo. (...) [L]a Sala concluye que, a diferencia de lo considerado por el a quo, los acuerdos adicionales, las prórrogas y documentos de suspensión no contuvieron mecanismos encaminados a evitar que se ocasionaran

eventuales perjuicios al contratista por razón de la ampliación del plazo del negocio. Así pues, el período respecto del cual la Sala estima que resulta viable el reconocimiento de los perjuicios derivados de la mayor permanencia será exclusivamente aquel que fue objeto de suspensión (...). En efecto, el reconocimiento de los perjuicios que acá se ordena surgió del análisis del caso con apoyo en los elementos de prueba que obran en el proceso, de la aplicación de criterios de equidad y sana crítica propios de la valoración judicial, por lo que en estricto rigor no corresponde al cruce final de cuentas que arrojó su ejecución, sino a una indemnización derivada de la responsabilidad contractual en que incurrió la parte demandada y que fue determinada por esta instancia.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, ver sentencia de 22 de agosto de 2013, Exp. 22947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia de 14 de marzo de 2013, Exp. 20524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Becerra. Sobre el equilibrio financiero del contrato ver sentencia de 22 de agosto de 2013, Exp. 22947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 20 de octubre de 2014, Exp. 27777, C.P. Enrique Gil Botero. Sobre la procedencia de la acción de controversias contractuales ver sentencia del 27 de mayo de 2015, Exp. 38695, C.P. Hernán Andrade Rincón (E), sentencia del 22 de noviembre de 2011, Exp. 19931, C.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia del 12 de diciembre de 2014, Exp. 27426, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Sobre la fuerza vinculante de los acuerdos contractuales, establecida inicialmente para las actas de liquidación bilateral y que bien puede extenderse a los acuerdos contractuales que se realizan en ejecución del contrato cuando las partes debaten glosas u observaciones sobre el cumplimiento del cronograma o la inversión en obra, ver sentencia de 8 de mayo de 2020, Exp. 64701, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia de 8 de noviembre de 2016, Exp. 47336, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia de 6 de febrero de 2020, Exp. 63123, C.P. María Adriana Marín y sentencia de 6 de julio de 2005, Exp. 14113, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sobre las prórrogas del contrato ver sentencia del 29 de octubre de 2012, Exp. 21429, C.P. Danilo Rojas Betancourth y sentencia del 13 de abril de 2016, Exp. 46297, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sobre el principio de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal ver sentencia del 29 de julio de 2015, Exp. 41008, C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 8 de noviembre de 2021; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-36-000-2013-02201-01\(56023\)](#)

## 7. Cláusulas de prórroga automática en convenios de parqueaderos suscritos con el Distrito de Buenaventura se constituyen en objeto ilícito por no estar autorizadas en la Ley

**Síntesis del caso:** *El demandante considera que el Distrito Especial de Buenaventura incumplió los convenios celebrados el 16 de diciembre de 1997, el 30 de marzo de 2000 y el 25 de noviembre de 2005, pues no pagó el valor correspondiente a las tarifas de parqueadero establecidas en dichos convenios por un total de 379 rodantes inmovilizados, ingresados al parqueadero y dejados abandonados por sus dueños, desde 1998 hasta 2003, sin que el demandado haya gestionado el cobro de las sanciones de tránsito impuestas por sus agentes o guardas.*

**CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – De tracto sucesivo / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – En contratos que requieren liquidación / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Configurada**

**Problema Jurídico 1:** *Corresponde a la Sala determinar ¿si la demanda fue presentada dentro del término de caducidad de la acción de controversias contractuales?*

**Tesis 1:** En el presente caso, la caducidad de la acción se contabilizará atendiendo lo dispuesto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, pues los convenios celebrados el 30 de marzo de 2000 y el 25 de noviembre de 2005 son sin duda contratos de tracto sucesivo que requerían de liquidación, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993. Ahora bien, para determinar el momento a partir del cual se debe empezar a contabilizar la caducidad de la acción, es menester comenzar por establecer, en primer lugar, la fecha de terminación de los convenios objeto de la presente litis. [...] [U]na vez constatado el acervo probatorio allegado al expediente, la Sala colige que el

convenio suscrito el 30 de marzo de 2000 entre María Nohelia Soto Rincón y el Distrito Especial de Buenaventura - Subsecretaría de Regulación y Control de Tránsito del Distrito Especial Buenaventura, que fuera posteriormente cedido a Vicente Becerra Tamayo, finalizó por vencimiento de su plazo el 31 de diciembre de 2003, puesto que no se encuentra acreditado que las partes hubieran acordado por escrito su prórroga. En efecto, revisado el expediente se advierte que no obra documento alguno en el que conste que las partes contratantes hubieran manifestado su voluntad de extender el referido convenio más allá del término de vigencia inicialmente estipulado. [...] [S]e concluye que el término de duración del referido contrato expiró, por vencimiento del plazo, el 31 de diciembre de 2007, tal como lo consigna la cláusula séptima que no se ve afectada por la declaratoria de nulidad [...] En este orden de ideas, contando con los elementos necesarios, la Sala procede a establecer si el ejercicio de la acción fue oportuno, es decir, se procederá a examinar si la demanda se interpuso dentro del término de caducidad de dos (2) años previsto en el literal d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. [...] [C]omoquiera que la solicitud de conciliación extrajudicial obligatoria se radicó ante la Procuraduría 219 Judicial I para Asuntos Administrativos de Buenaventura el 10 de febrero de 2012, trámite que fue declarado fallido el 9 de mayo de 2012, y que la demanda a través de la cual se persigue la declaratoria de existencia e incumplimiento de los convenios celebrados el 30 de marzo de 2000 y el 25 de noviembre de 2005 se interpuso el 19 de junio de 2012, la Sala concluye que ésta se presentó por fuera del término preclusivo previsto en el literal d) del numeral 10 de artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y, por lo tanto, operó la caducidad de la acción.

### **CONVENIO INTERADMINISTRATIVO – De tracto sucesivo / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – En contratos que requieren liquidación / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES – Configurada**

**Problema Jurídico 2:** *¿La cláusula de prórroga automática estipulada en el convenio celebrado el 25 de noviembre de 2005 adolece de nulidad absoluta y en tal caso esta colegiatura deberá abordar lo concerniente a las restituciones mutuas?*

**Tesis 2:** De la lectura del clausulado referido, la Sala advierte que las partes estipularon que el convenio estaría vigente hasta el 31 de diciembre de 2007, pero además pactaron su prórroga automática e indefinida ante el silencio de las partes. Al respecto, en los términos establecidos en los artículos 44 de la Ley 80 de 1993 y 1523 del Código Civil, la Sala advierte que la cláusula octava del convenio celebrado el 25 de noviembre de 2005 adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito, comoquiera que, tal como lo ha señalado esta Corporación en reiteradas oportunidades, salvo en aquellos casos expresamente autorizados por la ley, por regla general las prórrogas automáticas plasmadas en los contratos estatales son ilegales por cuanto, por un lado, no existe norma expresa que establezca la facultad de estipular este tipo de cláusulas a favor de un determinado contratista y, por otro, dicha estipulación se encuentra en contravía de los principios generales que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, particularmente los de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia consagrados en los artículos 1, 2, 13 y 209 de la Constitución Nacional y 24 y 25 de la Ley 80 de 1993. [...] De acuerdo con lo anterior, en suma, si bien con la expedición de la Ley 80 de 1993 se derogó el artículo 58 de la Decreto Ley 222 de 1983 que de modo expreso prohibía estipular prórrogas automáticas en los contratos estatales, dichas cláusulas aún en vigencia de la Ley 80 de 1993 adolecen de nulidad absoluta, por cuanto contravienen las normas imperativas que establecen los principios que rigen la actuación de las entidades estatales en materia contractual, particularmente los de libre concurrencia, igualdad, imparcialidad, prevalencia del interés general y transparencia consagrados en normas de orden público contenidas en la Ley 80 de 1993 y en la Constitución Política. En este orden de ideas, en el presente caso se impone declarar la nulidad absoluta por objeto ilícito de la cláusula octava del convenio suscrito el 25 de noviembre de 2005 en la que se acordó la prórroga automática en caso de silencio de las partes por objeto ilícito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 que establece que los contratos estatales son absolutamente nulos, entre otros eventos, en los casos establecidos por el derecho común, y el artículo 1519 del Código Civil que a su turno dispone que existe objeto ilícito en los actos y contratos que contravienen al derecho público.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, cita Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2006, exp. 15239.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 05 de marzo de 2021, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 76001-23-31-000-2012-00171-01\(62250\).](#)

# SECCIÓN CUARTA

# 1. La reinstalación o reconexión del servicio público domiciliario de acueducto no está gravada con IVA.

**Síntesis del caso:** *Se anuló el Concepto 001054 de octubre de 2014, en el que la DIAN concluyó que las tareas de reinstalación o reconexión del servicio de acueducto estaban gravadas con el impuesto sobre las ventas al no estar comprendidas dentro de las actividades complementarias a la prestación del mismo servicio a que alude el numeral 14.22 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994. Para la Sala, esa conclusión es ilegal, dado que dicha norma es simplemente enunciativa, de modo que predicar el gravamen de IVA respecto de los citados servicios de reinstalación o reconexión por el solo hecho de no estar expresamente incluidos en tal disposición como complementarios, es contraria a la textura abierta de la norma y, por ende, limita sus efectos. La Sala señaló que tales servicios se encuentran excluidos del IVA, en tanto inmersos dentro del ámbito de conexión del servicio público de acueducto, al ser de su esencia, de modo que adquieren la misma connotación y los efectos legales propios de aquel, en cuanto proveen por el restablecimiento del suministro del servicio de agua previamente cortado o suspendido, constituyendo actividades dirigidas a proporcionar el servicio a los inmuebles afectados por las mencionadas situaciones, sin que la culpa del suscriptor o usuario en el corte o la suspensión y/o el deber legal que les asiste de pagar por la tareas de reconexión o reinstalación incida en la concesión del beneficio, en la medida en que tales circunstancias no están legalmente previstas como causales de pérdida de la exclusión.*

**IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS / SERVICIOS PÚBLICOS EXCLUIDOS DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA - Servicio público domiciliario de acueducto / EXCLUSIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS - Alcance del numeral 4 del artículo 476 del Estatuto Tributario / BENEFICIOS TRIBUTARIOS O FISCALES - Alcance / BENEFICIOS TRIBUTARIOS O FISCALES - Taxatividad / POTESTAD O FACULTAD DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL LEGISLADOR EN MATERIA TRIBUTARIA - Alcance y límites / SERVICIOS PÚBLICOS - Definición / SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO - Definición / ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS A UN SERVICIO PÚBLICO - Alcance / ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS AL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO - Alcance y determinación. Análisis en cada caso concreto / ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS AL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO - Alcance del numeral 14.22 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994. Carácter enunciativo y abierto de la norma / SERVICIOS DE REINSTALACIÓN Y RECONEXIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO - Naturaleza jurídica de actividades complementarias al servicio de acueducto en tanto se realizan y están inmersas dentro del ámbito de la conexión del mismo / CONEXIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO - Definición y alcance. Está incluida en la definición del servicio público domiciliario de acueducto / RECONEXIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO - Definición / REINSTALACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO - Definición / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA SOBRE SERVICIOS DE REINSTALACIÓN Y RECONEXIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO - Ilegalidad del Concepto DIAN 001054 de 2014 / EXCLUSIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA SOBRE SERVICIOS DE REINSTALACIÓN Y RECONEXIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO - Aplicación del numeral 4 del artículo 476 del Estatuto Tributario**

**Problema Jurídico:** *¿Se ajusta a la legalidad el Concepto DIAN 001054 del 12 de octubre de 2014, en cuanto concluyó que la reinstalación o reconexión del servicio de acueducto se encuentra gravada con el impuesto sobre las ventas?*

**Tesis:** "El artículo 420 del ET grava con impuesto sobre las ventas la prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos. El numeral 4 del artículo 476 ib., vigente al momento de expedirse el concepto demandado, excluyó de dicho tributo a los servicios públicos de energía, acueducto y alcantarillado, aseo público, recolección de basuras y gas domiciliario conducido por tubería o distribuido en cilindros; como también a los primeros 325 minutos mensuales del servicio telefónico local facturado a los usuarios de los estratos 1 y 2 y al servicio telefónico prestado desde teléfonos públicos. En tales términos, el legislador tributario enumeró una de las excepciones a la regla general de tributación prevista en los artículos 420 [b] y 447 *eiusdem*, respecto del IVA generado por la prestación de servicios, de

operancia restrictiva frente a los supuestos de hecho normados para que se configure, en virtud del carácter taxativo, limitado, personal e intransferible con el que el legislador establece los beneficios ante especiales razones de política fiscal con incidencia económica, social e incluso ambiental, que garantizan la igualdad real y efectiva en materia fiscal; y de los principios de certeza y legalidad tributaria a los que responde la potestad de configuración normativa tanto para crear tributos y disponer sus elementos, como para desgravarlos en relación con determinados sujetos, hechos o actividades, impidiendo que se produzcan los efectos jurídicamente asociados a la realización del hecho generador con el que nace la obligación tributaria sustancial, o alterando los factores cuantitativos del tributo con el consiguiente ajuste de la carga impositiva. A la luz de esa máxima, el derecho a la exclusión legal mencionada solo surge en el marco de las hipótesis enunciadas, entre ellas, el “servicio público de acueducto”, de alcance determinado por los artículos 14.20 a 14.22 de la Ley 142 de 1994, aplicable a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y distribución de gas combustible; a las actividades realizadas por las personas prestadoras de servicios públicos previstas en dicha ley, a las actividades complementarias definidas en la misma ley y a los demás servicios que ésta prevea en normas especiales (*art. 1 ib*). Acorde con dichas normas, el servicio de acueducto tiene la connotación de público y domiciliario, y corresponde a la “distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición” e incluye actividades complementarias que igualmente se consideran un servicio público. Tales actividades, a las que también se aplica la Ley 142 de 1994, según las precisiones hechas al definir cada uno de los servicios públicos, se entienden incluidas en éstos últimos cuando la ley los mencione sin ninguna precisión especial. En el caso del servicio público de acueducto, el artículo 14.22 *ib*. señaló como actividades complementarias la captación de agua y su procesamiento, el tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte de la misma, precedidas de la locución “tales como”, expresión con la que pasa a particularizarse el sustantivo general que le antecede (*actividades complementarias*), a través de descriptores enunciativos que lo ejemplifican (*captación, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte de agua*) y que, por tanto, admiten otro tipo de acciones, siempre que, claro está, tengan relación directa e inescindible con el servicio público de acueducto, en términos de prestación integral efectiva, la cual comprende todos los elementos o aspectos operativos, técnicos, administrativos y comerciales requeridos para realizarla. Corresponderá en cada caso concreto determinar si la actividad ejercida cumple tal lineamiento. Desde esa perspectiva, predicar el gravamen de IVA para los servicios de reinstalación o reconexión de acueducto, por el solo hecho de no estar incluidos entre las actividades complementarias que señala el artículo 14.22 de la Ley 142 de 1994, es de por sí una conclusión contraria al carácter enunciativo de dicha norma y, por tanto, limitativa de sus efectos, so pretexto de una interpretación opuesta a la textura abierta del dispositivo legal. Pero más allá del aspecto semántico implicado en el yerro de la conclusión fiscal, estima la Sala que ésta deviene igualmente ilegal desde el punto de vista sustantivo, porque las tareas de reinstalación y/o reconexión se realizan en el ámbito de la conexión del servicio público de acueducto. En efecto, a través de la conexión, las redes matrices del servicio de acueducto son unidas o enlazadas a predios específicos, previos estudios de factibilidad técnica, jurídica y económica por parte del prestador del servicio y certificados de viabilidad de suministro y disponibilidad inmediata de aquél, para que se preste efectivamente al usuario final. La cláusula primera del contrato de condiciones uniformes para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado refiere la **conexión** como un conjunto de actividades, obras y operaciones realizadas por la empresa prestadora o autorizadas por ésta, para proporcionar el servicio de acueducto a un inmueble; la **reconexión** como el restablecimiento del servicio de acueducto a un inmueble al cual se le había cortado, es decir, que se le había desconectado, con pérdida del derecho a obtenerlo por las causas de incumplimiento establecidas en la ley o en el contrato, desde la red local, y con retiro de la acometida y del medidor; y la **reinstalación** como el restablecimiento del servicio a un predio al que se le había suspendido, esto es, al que se le había interrumpido temporalmente el servicio por falta de pago oportuno o por otras causas previstas en el contrato o en cualquier norma sobre servicios públicos domiciliarios. Así pues, tanto la **reconexión como la reinstalación** proveen por el restablecimiento del suministro del servicio de acueducto previamente cortado o suspendido, constituyendo actividades dirigidas a proporcionar dicho servicio a los inmuebles afectados por ese corte o suspensión y, en ese sentido, corresponden a la esencia de las inmersas en la **conexión**, adquiriendo la misma connotación y los efectos legales propios de aquella. Al hilo de lo anterior y ya que el artículo 14.22 de la Ley 142 de 1994 incluye la conexión de agua potable en la definición de servicio público domiciliario de acueducto, concluye la Sala que las actividades de reconexión y reinstalación de dicho servicio, en tanto propias de la conexión, acceden a la exclusión del impuesto sobre las ventas prevista en el numeral 4 del artículo 476 del ET, modificado por la Ley 1607 de 2012, sin lugar a predicar la procedencia del gravamen por cuenta del alegado desconocimiento de los principios constitucionales que invoca la demandada, so pretexto de la culpa del suscriptor o usuario en el corte o la suspensión del servicio y del deber legal que les asiste de pagar tales actividades, pues lo cierto es que ninguna de esas circunstancias (*la condición culposa y el deber de pago*) fueron previstas como causales de pérdida del beneficio de exclusión, sin que se hubiere formulado desarrollo argumentativo adicional para tomar otro ángulo de análisis legal. En el marco de las razones precedentes queda desvirtuada la presunción de legalidad del concepto acusado y, en consecuencia, se declarará su nulidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 21 de octubre de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2019-00010-00 \(24435\).](#)

**2. Se precisó el alcance de la figura del silencio administrativo positivo en materia tributaria en el sentido de señalar que se puede invocar en cualquier tiempo, porque la ley no fijó un término para solicitar su reconocimiento o declaratoria de oficio, de modo que no se puede supeditar la posibilidad real de configuración del silencio a su ejercicio dentro del mismo plazo de caducidad para demandar los actos sobre los cuales el mismo operó, a la par que es viable para el interesado demandar tales actos por aparte del acto que niega el reconocimiento del silencio, pues aunque se trata de actuaciones relacionadas, son independientes.**

*Síntesis del caso: El Municipio de Armenia sancionó a la empresa demandante por la presentación extemporánea de cierta información exógena del impuesto de industria y comercio por el año gravable 2014, acto contra el que la actora interpuso el recurso de reconsideración. La empresa solicitó al municipio la declaratoria del silencio administrativo positivo, con el argumento de que el acto que resolvió dicho recurso se notificó en forma extemporánea, petición que se negó a través de resolución que se demandó y que fue anulada en primera instancia. La Sala confirmó el fallo apelado, que además, declaró la configuración del silencio administrativo positivo frente a la petición que en ese sentido formuló la sociedad actora ante el municipio. Para el efecto, la Sala analizó la figura del silencio administrativo positivo en materia tributaria y reiteró que cuando el contribuyente haya solicitado la declaratoria del silencio administrativo positivo puede demandar en nulidad y restablecimiento del derecho únicamente el acto administrativo que la niega, pues al configurarse este fenómeno, que opera por mandato legal, surge un derecho que consiste en que el recurso se resolvió a su favor y emana así un acto ficto que prevalece sobre cualquier actuación posterior de la Administración dirigida a notificar una decisión extemporánea del recurso. Señaló que, por ello, no resulta legítimo exigir que, junto con el acto que niega el reconocimiento del silencio positivo, se demanden el acto administrativo que fue objeto del recurso de reconsideración y el que lo resolvió extemporáneamente, en tanto se ha configurado un acto ficto en favor del recurrente por virtud de la ley, que, de suyo, excluiría un posterior y extemporáneo pronunciamiento de la Administración. Así, la Sala concluyó que demandar los actos extemporáneos o el acto ficto positivo, que son actuaciones relacionadas, pero independientes, es una opción del contribuyente y que si ello es así, no se puede supeditar al plazo de caducidad de los actos nulos por extemporáneos, la posibilidad de impugnar el que deniega la configuración del acto ficto positivo, a la vez que precisó que el silencio administrativo positivo se puede invocar en cualquier tiempo, dado que la ley no fijó un término para su solicitud o declaratoria de oficio.*

**TÉRMINO PARA RESOLVER EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN - Alcance de la expresión resolver del artículo 732 del Estatuto Tributario. Reiteración de jurisprudencia / TÉRMINO PARA RESOLVER EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN - Naturaleza preclusiva / TÉRMINO PRECLUSIVO - Efectos jurídicos / EJERCICIO DE RECURSOS PREVISTOS EN NORMAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS - Efectos jurídicos / NOTIFICACIÓN EXTEMPORÁNEA DEL ACTO QUE RESUELVE EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN - Efectos jurídicos / CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Efectos jurídicos / CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO**

**ADMINISTRATIVO POSITIVO - Requisitos / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Finalidad y alcance / VIOLACIÓN O DESCONOCIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SOBRE LOS CUALES OPERÓ EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO POR DECLARACIÓN JUDICIAL DE NULIDAD DEL ACTO DENEGATORIO DEL RECONOCIMIENTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - No configuración / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO QUE NIEGA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA – Procedencia en forma independiente del control de legalidad de los actos sobre los cuales operó el silencio administrativo positivo. Reiteración de jurisprudencia / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO QUE NIEGA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA – Término de caducidad / TÉRMINO PARA SOLICITAR O INVOCAR LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Procedencia en cualquier tiempo / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO FICTO NEGATIVO PRODUCTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Término de caducidad. Se puede demandar en cualquier tiempo / TÉRMINO PARA SOLICITAR O INVOCAR LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Alcance y efectos jurídicos / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA - Configuración / NOTIFICACIÓN DE ACTO QUE RESUELVE RECURSO DE RECONSIDERACIÓN - Formas**

**Problema Jurídico:** *¿Se configuró o no en el caso el silencio administrativo positivo?*

**Tesis:** “El artículo 732 del Estatuto Tributario establece que la Administración cuenta con el término de “*un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma*”. La Corte Constitucional, en la sentencia C-007 de 2017, sostuvo que el ejercicio de los recursos señalados por las normas contencioso-administrativas atiende a una manifestación o forma de ejercicio del derecho de petición, lo que supone para la Administración la obligación de dar respuesta oportuna, clara y de fondo a la solicitud formulada, lo cual exige que esa respuesta se dé en los términos regulados para dicho procedimiento. Por su parte, el artículo 734 del Estatuto Tributario dispone que “*si transcurrido el término señalado en el artículo 732, (...), el recurso no se ha resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la Administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará.*” De las citadas normas, se desprende que el término de un (1) año es preclusivo. En consecuencia, si vence el término legal sin que se resuelva el recurso se entiende que la Administración pierde competencia para manifestar su voluntad y, en consecuencia, las actuaciones surtidas con posterioridad se consideran nulas. Al hilo de lo anterior, ha puntualizado la Sección que, para que se configure el silencio administrativo positivo, se deben cumplir tres requisitos: (i) que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual debe resolver la petición o recurso, (ii) que la norma contemple expresamente que el incumplimiento del plazo para resolver deriva en la configuración de un acto ficto favorable a lo solicitado; y (iii) que la autoridad que estaba en la obligación de resolver, no lo haya hecho dentro del plazo legal. Respecto de este último requisito, ha sido criterio de la Sala que el término para resolver el recurso de reconsideración, incluye tanto la expedición del pronunciamiento de fondo sobre los aspectos objeto de controversia, como la notificación en debida forma al peticionario. Entonces si habiéndose interpuesto el recurso oportuna y debidamente, la administración tributaria no lo resuelve dentro del término de un (1) año a partir de su interposición, lo cual comprende su notificación, la consecuencia jurídica es la configuración de un acto administrativo ficto que prohija lo solicitado por el recurrente, es decir, que lo pretendido por este con el recurso, se tiene por aceptado. A partir de lo anterior, la notificación de una actuación de la Administración con posterioridad a la configuración de los supuestos previstos para que surja el acto ficto favorable, no sería válida, sin que con ello se desconozca el principio de la presunción de legalidad de los actos administrativos, consagrada en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo pues es claro que el pronunciamiento que declara la nulidad del acto denegatorio del silencio positivo desvirtúa, por una decisión judicial sobreviniente, la presunción de legalidad de unos actos, en su momento nulos por haber sido notificados extemporáneamente. Ahora que, si en virtud de la configuración del acto ficto, la decisión del recurso se entiende proferida en favor de la parte recurrente, resulta natural que no sean los actos de determinación o sancionatorios (materia del recurso) los que sean objeto del medio de control por parte del recurrente amparado con el silencio positivo, pues estos se entenderían revocados o anulados por el acto presunto. Diferente situación es predicable respecto del posterior pronunciamiento de la Administración tributaria municipal, que negó el reconocimiento del silencio administrativo, resultando legítimo que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solo se dirija contra este último acto, cuyo término de caducidad se computará desde que se profiera la decisión de la Administración que niega su reconocimiento. Sobre este particular destaca la Sala el reciente pronunciamiento, auto del 29 de julio de 2021, exp.25457, C.P. Milton Chaves García, en el cual precisó la Sección que, en los casos en que el contribuyente haya solicitado la declaratoria del silencio administrativo, es posible “*demandarse en nulidad y restablecimiento del derecho únicamente del acto administrativo que niega la ocurrencia del silencio administrativo positivo*”. Esta postura

consagra la posibilidad de demandar solamente el acto que decide sobre el silencio, pues al configurarse este fenómeno, que opera por mandato legal, surge un derecho a favor del contribuyente que consiste en que el recurso se resolvió a su favor, y emana así un acto ficto que prevalece sobre cualquier actuación posterior que pretenda la Administración dirigida a notificar una decisión extemporánea del recurso. No resulta legítimo exigir que, junto con el acto que niega el reconocimiento del silencio positivo, se demande el acto administrativo que fue objeto del recurso de reconsideración, y el acto definitorio del recurso que es proferido extemporáneamente, en tanto, se ha configurado un acto ficto en favor del recurrente por virtud de la ley, que, de suyo, excluiría un posterior y extemporáneo pronunciamiento de la Administración. Demandar los actos extemporáneos o el acto ficto positivo, que son actuaciones relacionadas, pero independientes, es una opción del contribuyente, Y si eso es así, no puede supeditarse al plazo de caducidad de los actos nulos por extemporáneos, la posibilidad de impugnar el que deniega el acto ficto positivo. También debe precisar esta Sala que, el silencio administrativo positivo puede ser invocado en cualquier tiempo, dado que la ley no fijó un término para su solicitud o declaratoria de oficio. (...) No habiendo establecido la ley un término legal para presentar las solicitudes de reconocimiento del silencio administrativo, no resulta legítimo supeditar la presentación de las peticiones, al término de caducidad de los actos sobre los cuales operó el silencio. No puede derivarse, del incumplimiento de la obligación de la Administración de resolver oportunamente, consecuencias desfavorables para el ciudadano. Entonces, de la misma manera que la legislación considera que el acto ficto negativo, puede demandarse en cualquier tiempo, debe entenderse entonces que en cualquier tiempo puede reclamarse el reconocimiento o la aplicación del silencio positivo, sin dejar de advertir que eso no excluye la posibilidad de que la Administración invoque la prescripción extintiva, si se tratare de un acto ficto que reconoce un derecho y apareja una obligación para aquella, pero este supuesto, a juicio de la Sala, es distinto de la caducidad, como la posibilidad de acudir al Juez para que, en últimas, la consecuencia jurídica del incumplimiento del deber de la Administración tenga plena eficacia. Por tanto, la regla debe ser que no puede supeditarse la posibilidad real del silencio positivo a su ejercicio dentro del plazo de caducidad de los actos expedidos extemporáneamente. (...) [E]n el caso concreto se configuró el silencio administrativo positivo a favor de la demandante, dado que la notificación personal del acto que resolvió el recurso de reconsideración se efectuó por fuera del término de un (1) año, contado desde la interposición del recurso. Se destaca que, si bien la Administración remitió citación para la notificación personal a la sociedad, y ésta no compareció dentro de los 10 días siguientes, la entidad estaba facultada para notificar el acto mediante edicto, según lo establece el artículo 565 del Estatuto Tributario, norma aplicable por remisión expresa del artículo 59 de Ley 788 de 2002, sin embargo, esta actuación no se surtió en el presente caso. Al hilo de lo anterior, observa la Sala que para la fecha en que fue notificado el acto de la Administración, 21 de abril de 2017, cuyo sentido era negativo, ya se había configurado el acto ficto, favorable al recurrente, que tuvo ocurrencia el día 13 de abril de 2017, no resultando válido el posterior acto de la Administración, esta vez expreso, con una decisión en sentido contrario, la Administración municipal había perdido ya la competencia para proferirlo, esto en tanto fue la propia ley la que determinó el límite temporal en el cual debía pronunciarse la Administración tributaria respecto de un recurso, así como la consecuencia de no hacerlo en ese lapso. Señala la parte apelante que el término previsto en el artículo 732 del Estatuto Tributario de un año es para resolver y que de ninguna forma se establece que en ese plazo legal deba ser notificada la decisión, por lo que la Administración cumplió cabalmente decidiendo dentro del término y enviando la citación, solo que el actor compareció por fuera de la oportunidad, pues de lo contrario, *“de manera maquiavélica todos los ciudadanos se abstendrían de comparecer a los despachos o estrados a fin de que se opte por la aplicabilidad del fenómeno del silencio administrativo...”* Al respecto preciso es señalar que si bien el artículo 732 del Estatuto Tributario, no señala expresamente que el término para resolver el recurso, comprenda su notificación, ello resulta inherente a tal actuación, comoquiera que hasta tanto no sea comunicada la decisión al interesado, no puede producir efecto alguno, por lo que no le asiste razón al apelante. Amén de que la propia ley determina las herramientas para que se surta la notificación, neutralizando así cualquier conducta dilatoria a estos efectos. Para el caso, como se anotó, ante la no comparecencia del actor dentro de los 10 días siguientes, la entidad estaba facultada para notificar el acto mediante edicto, lo cual no hizo. También argumenta la parte apelante que, la presentación del memorial de petición solicitando la aplicabilidad del silencio administrativo, constituye una estrategia para revivir términos procesales precluidos y vencidos, puesto que el plazo para la interposición de *“las acciones contencioso administrativas”* inició a computarse desde el día siguiente a la notificación personal del acto que resolvió el recurso, esto es, el día 22 de abril de 2017 y al momento de la presentación del memorial, ya habían transcurrido cinco meses y cinco días. Sobre este particular es de observar que, si bien es cierto que la demandante radicó la solicitud para que se reconociera la configuración del silencio administrativo positivo a su favor, pasados más de cinco meses desde la notificación extemporánea de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, no es menos cierto que no existe disposición que determine un término para presentar este tipo de solicitud, la que aún vinculada con la actuación recurrida, es individualizable y, por tanto bien, puede ser demandada de forma independiente, lo cual descarta que con su presentación se pretenda revivir términos atribuibles a los actos que fueron objeto del recurso, los que una vez precluidos no pueden ser restablecidos, y tal es la razón por la cual se determinó la caducidad del medio de control respecto de las resoluciones Nro. 2358 del 14 de diciembre de 2015 y 138 del 17 de febrero de 2017, por parte del Tribunal. Sin embargo y conforme a lo ya señalado, lo anterior no

supeditaba el ejercicio del medio de control, contra el acto que negó el reconocimiento del silencio administrativo positivo, Resolución Nro. 1836 del 24 de octubre de 2017, cuyo ejercicio es independiente del que correspondía a los actos que fueron recurridos y respecto de los cuales se configuró el acto ficto positivo. Finalmente, respecto de la irregularidad expuesta por la entidad apelante con fundamento en que la sentencia declaró la nulidad de los actos sancionatorios pese a que inicialmente el Tribunal declaró la caducidad frente a los mismos y sostuvo que no se pronunciaría sobre ellos, destaca la Sala que la sentencia de primera instancia no anuló esas actuaciones, puesto que el numeral segundo lo que dispuso fue declarar sin efectos la sanción impuesta a la contribuyente, como resultado de la configuración del silencio administrativo positivo que, como se expuso anteriormente, implica que el recurso de reconsideración en el que se discutió la imposición de la sanción, se entendió resuelto a su favor. Así las cosas, la consecuencia lógica en este caso, era declarar sin efectos la sanción recurrida. Por lo anterior no prosperan los argumentos expuestos en la apelación relacionados con la no configuración del silencio administrativo positivo.”.

### **Salvamento de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto**

**TÉRMINO PARA RESOLVER EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN - Alcance de la expresión resolver del artículo 732 del Estatuto Tributario. Reiteración de jurisprudencia / NOTIFICACIÓN EXTEMPORÁNEA DEL ACTO QUE RESUELVE EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN - Efectos jurídicos / TÉRMINO PARA SOLICITAR O INVOCAR LA DECLARATORIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO CUANDO CON POSTERIORIDAD A LA CONFIGURACION DEL SILENCIO SE PROFIERE Y NOTIFICA UN ACTO QUE RESUELVE EN FORMA EXPRESA EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN - No procede en cualquier tiempo, sino dentro del término de caducidad para demandar los actos respecto de los cuales operó el silencio / DEMANDA CONTRA ACTO OBJETO DE RECURSOS ANTE LA ADMINISTRACIÓN - Comprende los actos que resolvieron los recursos / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - Alcance / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE RESUELVE EN FORMA EXPRESA EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN CON POSTERIORIDAD A LA CONFIGURACION DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Término de caducidad. Procede debatir su legalidad dentro del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, proponiendo dentro de los cargos de ilegalidad la configuración del silencio administrativo positivo / SOLICITUD DE CONFIGURACIÓN O DECLARATORIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO PRESENTADA POR FUERA DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD PARA DEMANDAR LOS ACTOS RESPECTO DE LOS CUALES OPERÓ EL SILENCIO – Improcedencia / SOLICITUD DE CONFIGURACIÓN O DECLARATORIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO PRESENTADA POR FUERA DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD PARA DEMANDAR LOS ACTOS RESPECTO DE LOS CUALES OPERÓ EL SILENCIO – Alcance. Pretende reabrir el debate y revivir términos respecto de actos que se encuentran en firme y se presumen legales**

**Tesis:** “[M]i desacuerdo con la posición asumida por la Sala radica en la aplicación de la regla, conforme con la cual, el silencio administrativo positivo puede ser invocado en cualquier tiempo, sin tener en consideración si el acto respecto del cual se predica la ocurrencia de dicho fenómeno adquirió firmeza, ya sea porque, como ocurrió en este asunto, operó la caducidad del medio de control procedente contra el acto sancionatorio, que al encontrarse en firme se presume legal. Considero oportuno mencionar que de conformidad con el artículo 163 del CPACA cuando se presente la demanda de un acto administrativo se entiende demandado el que resolvió el recurso. Actos que conforme al artículo 88 ibídem gozan de presunción de legalidad hasta que no hayan sido anulados por esta jurisdicción. Por otra parte, el artículo 732 del ET establece que la Administración Tributaria cuenta con el término de un año para resolver el recurso de reconsideración, a partir de su interposición en debida forma. Si transcurre dicho plazo sin que se haya resuelto el recurso, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, como lo dispone el artículo 734 del mismo ordenamiento, la Administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará. Vistas las anteriores normas, se tiene que, en el caso concreto, el municipio de Armenia profirió la Resolución No. 2358 del 14 de diciembre de 2015 por la que se le impuso sanción a UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. y contra esta la citada sociedad interpuso recurso de reconsideración el 13 de abril de 2016, por lo que la entidad demandada contaba hasta el 13 de abril de 2017 para resolver y notificar el correspondiente acto administrativo. Si bien, la Resolución No. 138 por la que se resolvió el recurso de reconsideración se profirió el 17 de febrero de 2017, su notificación tan solo se surtió en forma personal el 21 de abril de 2017, es decir, cuando ya había transcurrido el término legal previsto en el artículo 732 del ET y, por lo tanto, operado el silencio administrativo positivo. Sin embargo, es importante destacar que en este asunto la Administración Tributaria profirió un acto expreso por el que se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución sanción, conocido por la parte actora, porque la notificación de la Resolución No. 138 del 17 de febrero de 2017 se le hizo en forma personal el 21 de abril de 2017 (hecho relatado en la demanda), de modo que, lo

procedente era debatir su legalidad dentro del término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 164, num. 2 lit. d) CPACA), que venció el 22 de agosto de 2017, proponiendo dentro de los cargos de ilegalidad la configuración del silencio administrativo positivo. Pese a lo anterior, tan solo hasta el 10 de octubre de 2017, cuando ya había vencido el término de caducidad del citado medio de control contra el acto sancionatorio, UNE EPM le solicitó al municipio de Armenia el reconocimiento del silencio administrativo positivo alegando la extemporaneidad en la notificación de la Resolución No. 138 del 17 de febrero de 2017, por lo que resulta claro que dicha petición solo buscaba revivir términos precluidos, valga decir, el de caducidad del medio de control contra la resolución sanción y el acto que la confirmó. Tan claro es esto, que en la demanda se solicitó la nulidad de dichos actos administrativos, los que finalmente no fueron sometidos a juicio de legalidad, porque en el auto admisorio el tribunal advirtió que frente a los mismos había operado el fenómeno de caducidad, circunstancia que se puso de presente en la audiencia inicial al referirse el a quo a la excepción de caducidad propuesta por el municipio de Armenia. Por lo expuesto, considero que, en el caso particular, no se puede pasar por alto que ante la existencia de un acto expreso por el que se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución sanción, lo procedente era someterlo a control de legalidad dentro del término de caducidad de los cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de su notificación, porque así lo dispone el artículo 164, num. 2 lit. d) CPACA. Por lo tanto, no es dable que la actora, consciente de que dejó vencer el término para demandar el acto sancionatorio y el que resolvió el recurso de reconsideración, intente reabrir el debate y provocar un pronunciamiento con la presentación de una solicitud por fuera del término de caducidad, invocando el silencio administrativo positivo respecto de un acto que se encuentra en firme y se presume legal, tanto es así que, se insiste, el tribunal desde el auto admisorio de la demanda advirtió la imposibilidad de examinar su legalidad por caducidad. En los términos señalados pongo de presente mi desacuerdo con la decisión mayoritaria de la Sala, pues en mi criterio, se debió revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, en tanto que la petición presentada el 10 de octubre de 2017 por la hoy actora, se refiere a un acto en firme que goza de la presunción de legalidad, siendo incuestionable que la única finalidad perseguida con esa solicitud fue la de revivir términos precluidos, toda vez que UNE EPM tenía pleno conocimiento y aceptación de que el acto con el que se resolvió el recurso de reconsideración se le notificó en forma extemporánea, pese a lo cual no demandó los respectivos actos en donde podía alegar el silencio administrativo positivo, dentro del término legal, permitiendo que operara la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente a aquellos, con lo que, insisto, el acto sancionatorio y el que lo confirmó adquirieron firmeza y se presumen legales.”

### Salvamento de voto del consejero Milton Chaves García

**SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Configuración. Es la regla general, esto es, que si la administración guarda silencio frente a una petición se entiende que la respuesta es negativa / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Configuración. Solo procede en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales y el silencio de la administración equivale a decisión positiva / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA POR EXTEMPORÁNEA DECISIÓN Y NOTIFICACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN – Procedencia / PROCEDIMIENTO PARA INVOCAR LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / PROCEDIMIENTO DEL CPACA PARA INVOCAR LA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Aplicación en materia tributaria / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO – Alcance y efectos jurídicos. Reiteración de jurisprudencia / NULIDAD AUTOMÁTICA DE ACTO ADMINISTRATIVO – Inexistencia / NULIDAD AUTOMÁTICA DE ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO CON POSTERIORIDAD AL TÉRMINO LEGAL PARA PROFERIRLO - Inexistencia de norma legal que lo prevea / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO Y NOTIFICADO CON POSTERIORIDAD AL TÉRMINO LEGAL PARA PROFERIRLO – Ante el pronunciamiento expreso de la administración el acto se presume legal y el interesado en desvirtuar tal presunción debe acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que declare su nulidad invocando la pérdida de competencia temporal de la entidad / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO QUE NIEGA CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA – Procedencia en forma independiente del control de legalidad de los actos sobre los cuales operó el silencio administrativo positivo. Alcance equivocado del Auto del 29 de julio de 2021 Expediente 25457 / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA – No configuración En el caso no hubo silencio administrativo, porque se demostró la notificación adecuada del acto que resolvió el recurso de reconsideración / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO Y NOTIFICADO CON POSTERIORIDAD AL TÉRMINO LEGAL PARA PROFERIRLO PERO NO CONTROVERTIDO JUDICIALMENTE – Efectos jurídicos. El acto adquiere**

**firmeza y puede ser ejecutado / CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO FICTO PRODUCTO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Término de caducidad. No se puede demandar en cualquier tiempo**

**Tesis:** “[M]e aparto de la mayoría de la Sala porque debió prosperar el recurso de apelación presentado por el municipio demandado, toda vez que no había silencio de la administración y al contrario los actos administrativos estaban ejecutoriados. La regla general es el silencio administrativo negativo, esto es, que si la administración guarda silencio frente a una petición se entiende que la respuesta es negativa. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva. El artículo 734 del Estatuto Tributario prevé uno de estos casos en los que el silencio de la administración ante el recurso de reconsideración interpuesto se entiende resuelto a favor del recurrente. Si transcurre un año sin que la administración tributaria resuelva y notifique el recurso interpuesto, hay un acto administrativo presunto: Se presume que el recurso se falló a favor del recurrente. Como no hay un acto administrativo real (no se ha proferido la manifestación de la voluntad de la administración que produzca efectos jurídicos) y el particular requiere que se cumplan los efectos del acto presunto, la ley establece el procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo, protocolizando la petición o para el caso, el recurso de reconsideración, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto. Este procedimiento es aplicable para procesos tributarios pues no se contradice en manera alguna con lo señalado por el artículo 734 del E.T. que, además, señala la posibilidad que la administración de oficio o a petición de parte así lo declare. Como ha señalado la jurisprudencia de la corporación, el silencio administrativo con efectos positivos constituye un castigo por la desidia de la entidad e implica la pérdida de competencia temporal de la Administración para pronunciarse. Si, como en el caso objeto de examen, la entidad se pronuncia expresamente y notifica su decisión que contiene la manifestación de su voluntad, estaremos en presencia de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad, conforme con el artículo 88 del CPACA y por tanto puede ser ejecutado. En caso de pronunciamiento expreso de la administración, si el particular considera que se presentó un silencio con efectos positivos, podrá solicitarle a la administración que así lo declare o bien podrá solicitar la nulidad del acto invocando la pérdida de competencia temporal de la entidad. Cabe advertir que ninguna norma obliga a solicitar a la Administración la declaratoria del silencio positivo y al contrario, si bien la ley admite esta posibilidad, en la práctica resulta muy difícil que el funcionario acceda a la petición, porque el artículo 681 del E.T. es de tal rigurosidad que señala: “La pretermisión de los términos establecidos en la ley o los reglamentos, por parte de los funcionarios de la Administración Tributaria, se sancionará con la destitución” Se equivoca la mayoría de la sala, en la sentencia de la que nos separamos, al desconocer la presunción de legalidad de los actos administrativos y la necesidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que sea ésta la que declare la nulidad del acto. Ninguna norma prevé la “nulidad automática” de un acto administrativo. Es equivocado y al contrario implica un desconocimiento flagrante del artículo 88 del CPACA aseverar que los actos administrativos que llegara a proferir la administración con posterioridad al término legal “se consideran nulas”. Ante el pronunciamiento expreso de la Administración, se presume su legalidad y el interesado en desvirtuarla deberá acudir ante los jueces. La mayoría de la sala dio un alcance equivocado al Auto del 29 de julio de 2021, exp. 25457, pues lo que allí se dijo, exclusivamente, pues era lo que se discutía en ese caso, es que es posible demandar en nulidad y restablecimiento del derecho únicamente el acto que niega la ocurrencia del silencio administrativo positivo. En esa ocasión la discusión se limitaba al derecho de acción y la sala concluyó que es procedente el control judicial de la manifestación de la voluntad de la administración que niega la ocurrencia del silencio administrativo positivo, sin que se hicieran otras consideraciones y en ningún caso puede de allí derivarse que, si tal acto es objeto de control, se deba acceder a las pretensiones de nulidad. Ello dependerá de que el accionante desvirtúe la presunción de legalidad del acto que niega el silencio administrativo positivo. En el presente caso, no hubo silencio administrativo, porque se demostró la notificación adecuada del acto que resolvió el recurso de reconsideración lo que resultaba suficiente para revocar la providencia de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda. Una vez notificado el acto que resolvió el recurso de reconsideración, en razón a la presunción de legalidad, debió demandarse su nulidad dentro de los términos legales. Como no fue así, el acto adquirió firmeza. Señalar que un acto que ha sido conocido por el afectado, como en este caso, se pueda demandar o cuestionar su legalidad en cualquier tiempo no tiene fundamento alguno y por lo mismo el criterio expuesto en la sentencia adolece de una muy frágil argumentación que difícilmente podrá sustentar la resolución de casos futuros en los que se debatan circunstancias similares.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de noviembre de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 63001-23-33-000-2018-00014-01 \(24352\).](#)

### 3. La Sala precisa cuándo procede la deducción de la pérdida por diferencia en cambio en la inversión en acciones de sociedades subordinadas del exterior y cuál es su tratamiento contable.

**Síntesis del caso:** *Mediante los actos administrativos acusados la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2010 de un contribuyente, en el sentido de desconocer las deducciones por concepto de pérdida por diferencia en cambio en la inversión en acciones de sociedades extranjeras e intereses pagados por obligaciones financieras, así como la pérdida ocasional en la enajenación de acciones e imponer sanciones por rechazo de pérdidas y por inexactitud. Luego de analizar los requisitos previstos en el artículo 107 del Estatuto Tributario para la procedencia de las deducciones en el caso concreto, la Sala aceptó la deducción por ajuste por diferencia en cambio, porque concluyó que la demandante los cumplió. Sobre el tratamiento de la deducción, precisó que, en materia tributaria, tratándose de inversión en acciones en sociedades subordinadas, el ajuste de que trata el artículo 269 del E.T., que puede resultar positivo o negativo, según la tasa de cambio vigente al cierre del ejercicio, afecta la renta (ingreso o gasto) y contablemente, solo la cuenta de patrimonio, en la que la actora registró la deducción, pues las cuentas de resultado se afectan cuando la inversión sea efectivamente “realizada”. Y señaló que, conforme al artículo 32-1 del E.T., según el alcance jurisprudencial de la norma, el ajuste negativo por diferencia en cambio de inversiones en acciones en sociedades subordinadas es deducible, sin que para ello se requiera que la deducción esté contabilizada en el gasto como lo exigió la DIAN, de acuerdo con la normativa contable.*

**DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS – Requisitos / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS – Alcance. Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial. Reglas / AJUSTE POR DIFERENCIA EN CAMBIO DE LOS ACTIVOS EN MONEDA EXTRANJERA POSEÍDOS EN EL ÚLTIMO DÍA DEL AÑO O PERIODO GRAVABLE – Tratamiento contable / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS POR CONCEPTO DE PÉRDIDA POR DIFERENCIA EN CAMBIO EN LA INVERSIÓN EN ACCIONES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS – Soporte contable probatorio / CERTIFICACIÓN DE CONTADOR PÚBLICO Y REVISOR FISCAL – Valor probatorio / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS NECESARIAS POR CONCEPTO DE PÉRDIDA POR DIFERENCIA EN CAMBIO EN LA INVERSIÓN EN ACCIONES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS – Procedencia. Por cumplir con los requisitos para su deducción en el impuesto sobre la renta y complementarios**

**Problema Jurídico:** *¿El ajuste negativo por la diferencia en cambio de las inversiones de renta variable (acciones) poseídas en subordinadas del exterior (en moneda extranjera) procede como deducción?*

**Tesis:** “Conforme al artículo 107 del Estatuto Tributario, son deducibles las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo de la actividad productora de renta, siempre y cuando se acrediten la relación de causalidad con la actividad productora de renta, así como la necesidad y proporcionalidad de las erogaciones, requisitos que deben determinarse con criterio comercial de acuerdo con cada actividad y las limitaciones establecidas en la misma normativa. Sobre el preciso entendimiento y alcance del artículo 107 del E.T., la Sala, mediante sentencia de unificación del 26 de noviembre de 2020, adoptó las siguientes reglas: (i) “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”, sin que sea “determinante la obtención de ingresos ni el enunciado del objeto social del sujeto pasivo”. (ii) Son necesarias las expensas “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”. Y, (iii) “La proporcionalidad corresponde al aspecto cuantitativo de la expensa a la luz de un criterio comercial”. En la declaración de renta del año gravable 2010, la actora liquidó por concepto de “otras deducciones” la suma de \$29.143.815.000. De esta, la Administración desconoció \$4.911.752.000, por concepto de pérdida por diferencia en cambio en la inversión en acciones de sociedades extranjeras (\$1.689.469.000) y por intereses pagados por obligaciones financieras (\$3.222.283.000). El Tribunal encontró improcedente la deducción por este concepto, al considerar que el revisor fiscal certificó que “la diferencia resultante entre el valor en libros de dichos activos y

su valor reexpresado se registró como un mayor o menor valor del patrimonio en la cuenta superávit de capital./ Excepto, por la diferencia en cambio de las inversiones permanentes en acciones que se registró en la cuenta de superávit de capital, todas las ganancias y pérdidas por cambio se incluyen en los resultados del ejercicio". Sin embargo, al revisar los elementos de prueba encontró que en el estado de cambios en el patrimonio, cuenta superávit, la diferencia en cambio sobre inversiones del exterior informa la suma negativa de \$17.562.390, no la suma solicitada en deducción, por lo que señaló "al revisar la contabilidad los registros no se ajustan a las previsiones que invoca en sus consideraciones". Al apelar, la demandante sostuvo que el desarrollo normativo y jurisprudencial, en que se apoyó el Tribunal, reconoce que los ajustes por diferencia en cambio de los activos expresados en moneda extranjera, de acuerdo con el mercado cambiario, pueden ser positivos o negativos y que, en el evento de ser negativos, procede como deducción, pero que el Tribunal se "perdió" en el análisis de las cifras en los estados financieros. Además, explicó el por qué de la diferencia entre la cifra solicitada como deducción y la registrada en el superávit de capital. La partida en discusión tuvo su origen en el cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 269 del E.T., que dispone: "el valor de los bienes y créditos en monedas extranjeras, se estima en moneda nacional en el último día del año o periodo gravable, de acuerdo con la tasa oficial de cambio". La DIAN propuso desconocer la deducción por concepto de diferencia en cambio de las inversiones poseídas en moneda extranjera porque "no se encuentra registrada ni soportada en la contabilidad del contribuyente como un gasto financiero contable sino como un ajuste fiscal", al tener en cuenta que conforme a los artículos 32-1, 41, 120 y 272 del E.T., esta deducción solo es procedente cuando se trata de deudas en moneda extranjera y que son inversiones a las que se aplica el método de participación patrimonial. En la liquidación oficial desconoció esta deducción con fundamento en el artículo 32-1 del E.T., además, sostuvo que no tiene relación de causalidad con el ingreso. (...) Conforme a la normativa citada, el tratamiento contable del ajuste por diferencia en cambio de los activos en moneda extranjera poseídos el último día del año, por regla general, "se debe registrar como un mayor o menor valor del activo y como ingreso o gasto financiero, según corresponda". Sin embargo, tratándose de inversiones de renta variable (p.e. acciones o aportes) en subordinadas del exterior, dicho ajuste se registra como "un mayor o menor valor del patrimonio, en el rubro en el cual sean reconocidas las variaciones patrimoniales", pero cuando la inversión sea efectivamente realizada (p.e. enajenación, donación), "los ajustes por diferencia en cambio que se hayan registrado en el patrimonio afectarán los resultados del período". Entonces, tratándose de inversión en acciones en sociedades subordinadas, como es el caso, aspecto no discutido en el proceso, el ajuste de que trata el artículo 269 del E.T., que puede resultar positivo o negativo, según la tasa de cambio vigente al cierre del ejercicio, en materia tributaria afecta la renta (ingreso o gasto) y contablemente, solo la cuenta de patrimonio, pues las cuentas de resultado se afectarán cuando la inversión sea efectivamente "realizada". En conclusión, conforme al artículo 32-1 del E.T., según el alcance jurisprudencial de la norma, el ajuste negativo por diferencia en cambio de inversiones en acciones en sociedades subordinadas es deducible, sin que para ello se requiera que la deducción esté contabilizada en el gasto como lo pretendía la DIAN, de acuerdo con la normativa contable mencionada. (...) [L]a DIAN rechazó la deducción por cuanto no está registrada y soportada en la contabilidad de la actora como gasto. Con el fin de demostrar el registro contable del ajuste por la diferencia en cambio por las acciones poseídas en sociedades del exterior, en la cuenta superávit de capital, como exige la norma contable, con la demanda se allegaron los estados financieros [balances generales, estados de resultados, de cambios en el patrimonio, de cambios en la situación financiera, de flujo de efectivo] al 31 de diciembre de 2010 y 2009, firmados por el presidente de la empresa, el contador y el revisor fiscal, las notas explicativas a los estados financieros y el informe del revisor fiscal correspondiente. (...) Al respecto, el "Cuadro con la liquidación del ajuste por diferencia en cambio sobre el costo histórico de las acciones en sociedades subordinadas del exterior" individualiza las inversiones de la empresa, su valor al cierre del año anterior [2009], el movimiento del año, la reexpresión de los respectivos valores con la tasa de cambio vigente al final del 2010 [1.913,98] y muestra la diferencia cuya sumatoria asciende a \$1.689.469.291, valor correspondiente al ajuste en cuestión. La misma nota explicativa 2 señala que "la diferencia resultante entre el valor en libros de dichos activos y su valor reexpresado se registró como un mayor o menor valor del patrimonio en la cuenta superávit de capital". Al respecto, el estado de cambios en el patrimonio, en el superávit – método de participación por concepto de diferencia en cambio sobre inversiones del exterior- informa la suma de \$17.562.390.000 (negativa), la cual coincide con el cuadro en el que la apelante discriminó el movimiento de las inversiones en el exterior. De otra parte, la apelante explica que "para efectos contables se parte del valor en libros del año inmediatamente anterior o el valor de la compra si son adquiridas en el mismo año gravable y para efectos fiscales o tributarios se parte del costo fiscal de las mismas que no es igual, resultando este, en la mayoría de los casos, inferior al valor en libros como se puede apreciar en la conciliación del patrimonio contable con el patrimonio fiscal que obra en el expediente. Esta diferencia principalmente se origina en la obligación de registrar en la contabilidad las inversiones en subordinadas por el método de participación patrimonial, registro que no se considera para efectos de determinar el costo fiscal de las mismas para efectos del impuesto de renta". De los anteriores elementos de prueba se observa que el estado de cambios en el patrimonio reporta en el superávit por diferencia en cambio sobre inversiones del exterior la suma (negativa) de \$17.562.390.000, cifra que coincide con el total de las inversiones relacionadas por la empresa y obedece a la utilización del método de participación patrimonial que solo tiene efectos contables, como ambas partes lo reconocen. Los estados

financieros allegados están suscritos por el presidente, la contadora y el revisor fiscal de la demandante. Además, se allegó certificación del presidente y la contadora, (...) El certificado de la contadora y el informe fiscal de los estados financieros, tienen la calidad de prueba contable que les otorga el artículo 777 del E.T., sin que la demandada los haya cuestionado. Y, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal, coincide con la contabilidad de la demandante. Se insiste en que la DIAN rechazó la deducción porque la actora no registró en el gasto, la pérdida por diferencia en cambio. Sin embargo, está demostrado que lo hizo en el patrimonio, como lo exigen las normas contables. Por lo demás, está probada, también, la diferencia que encontró el Tribunal entre el valor de la diferencia en cambio sobre inversiones del exterior que informa el estado de cambios en el patrimonio, cuenta superávit, y la solicitada en deducción. Así mismo, contrario a lo afirmado en los actos demandados, la deducción cumple el requisito de la relación de causalidad con la actividad productora de renta (artículo 107 del E. T) (...) En este caso, la expensa cuestionada se genera en el desarrollo de la actividad de invertir en sociedades del exterior para obtener futuros dividendos. Y, es el resultado de reexpresar las inversiones en moneda extranjera poseídas al cierre del ejercicio en moneda nacional, conforme a la tasa oficial de cambio vigente a 31 de diciembre de 2010. Por las razones expuestas, el recurso de apelación tiene vocación de prosperidad, por lo que se acepta la deducción por ajuste en diferencia en cambio originada en la inversión de acciones poseídas en el exterior.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de agosto de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 76001-23-33-000-2016-01909-01 \(24625\).](#)

## **4. El régimen de exclusión de IVA de las materias primas químicas para la producción de antibióticos y otros medicamentos de las partidas arancelarias 29.36, 30.01, 30.03, 30.04 y 30.06 no fue derogado por el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019.**

*Síntesis del caso: Se anularon los Conceptos 100208221-000207 del 20 de febrero y 100202208-0431 del 08 de junio, ambos de 2020 y en los que la Dian sostuvo como tesis que el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019 derogó en forma expresa el beneficio contenido en el ordinal 1° del artículo 424 del ET, por lo que, desde la aplicación de esa Ley, las materias primas químicas destinadas a la producción de los medicamentos identificados en las posiciones arancelarias referidas quedaron gravadas con IVA. La Sala concluyó que los citados Conceptos interpretaron indebidamente la derogatoria dispuesta en el citado artículo 160 y, en consecuencia, los insumos químicos para la producción de dichos medicamentos continúan sometidos al régimen de exclusión del IVA.*

**BIENES EXCLUIDOS DE IVA - Alcance del ordinal 1 del artículo 424 del Estatuto Tributario / RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA PARA MATERIAS PRIMAS QUÍMICAS CON DESTINO A LA PRODUCCIÓN DE MEDICAMENTOS DE LAS PARTIDAS ARANCELARIAS 29.36, 29.41, 30.01, 30.03, 30.04 Y 30.06 – Alcance antes y después de la Ley 2010 de 2019 / BIENES EXCLUIDOS DE IVA – Alcance de la derogatoria prevista en el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019 / BIENES EXENTOS DE IVA – Medicamentos de las partidas arancelarias 29.36, 29.41, 30.01, 30.03, 30.04 Y 30.06 / RÉGIMEN TRIBUTARIO DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS PARA MEDICAMENTOS DE LAS PARTIDAS ARANCELARIAS 29.36, 29.41, 30.01, 30.03, 30.04 Y 30.06 CON LA LEY 2010 DE 2019 – Cambio de régimen de excluido a exento / DEROGATORIA DE LA LEY – Clases / DEROGATORIA EXPRESA DE LA LEY – Definición / DEROGATORIA TÁCITA DE LA LEY - Definición / INTERPRETACIÓN DE LA DEROGACIÓN EXPRESA DE LA LEY – Improcedencia. Reiteración Concepto 2143 de 23 de junio de 2014 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado / INTERPRETACIÓN DE LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LA LEY – Procedencia. Reiteración Concepto 2143 de 23 de junio de 2014 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado / CONCEPTO DIAN 100208221-000207 DE 20 DE FEBRERO DE 2020 – Ilegalidad. Interpretación errónea del alcance de la derogatoria prevista en el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019 / CONCEPTO DIAN 100202208-0431 DE 8 DE JUNIO DE 2020 - Ilegalidad. Interpretación errónea del alcance de la derogatoria prevista en el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019**

**Problema Jurídico:** *¿Los actos acusados interpretaron indebidamente la derogatoria dispuesta en el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019 y, en consecuencia, las materias primas químicas para la producción de los medicamentos clasificados en las partidas arancelarias 29.36, 29.41, 30.01, 30.03, 30.04 y 30.06 continúan sometidas al régimen de exclusión del IVA?*

**Tesis:** "3- El inciso primero del artículo 424 del ET enlista los bienes excluidos del IVA, para lo cual los identifica según la nomenclatura arancelaria andina vigente. Antes de la entrada en vigencia de la Ley 2010 de 2019, entre esos bienes estaban aquellos clasificados en las partidas arancelarias 29.36, 29.41, 30.01, 30.02, 30.03, 30.04 y 30.06. Por su parte, desde ese entonces, el ordinal 1.º de la norma en mención dispuso que estaban excluidos del impuesto «*las materias primas químicas con destino a la producción de los medicamentos de las posiciones 29.36, 29.41, 30.01, 30.03, 30.04 y 30.06*». Ahora bien, el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019 derogó expresamente la exclusión respecto de los medicamentos en mención, de manera que salieron de la lista de bienes excluidos contenida en el artículo 424 del ET; en ese sentido, la norma derogatoria estableció que «*la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga [...] las partidas 29.36, 29.41, 30.01, 30.02, 30.03, 30.04 y 30.06 del artículo 424, 430, [...]*». Sin embargo, la mencionada disposición nada preceptuó respecto de una posible derogatoria del ordinal 1.º del artículo 424 del ET. 3.1- Por su parte, el artículo 12 de la Ley 2010 de 2019 incluyó dentro de los bienes exentos del IVA, previstos en el artículo 477 del ET, los medicamentos identificados en las partidas arancelarias reseñadas, sin hacer referencia a las materias primas químicas destinadas a su producción o modificar el tratamiento tributario previstas para estas en el ordinal 1.º del artículo 424 del ET. 3.2- Conforme a las normas analizadas, la Sala considera que, con la entrada en vigor de la Ley 2010 de 2019, el régimen tributario del IVA para los medicamentos descritos en las partidas arancelarias señaladas cambió de excluido a exento, pero «*las materias primas químicas con destino a la producción de los medicamentos de las posiciones 29.36, 29.41, 30.01, 30.03, 30.04 y 30.06*» permanecieron en la lista de bienes excluidos, concretamente en el ordinal 1.º del artículo 424 del ET. 4- Adicionalmente, la Sala trae a colación que la derogatoria de la ley puede ser expresa o tácita. La primera ocurre cuando una nueva ley dice expresamente que deroga la antigua; la segunda, cuando una ley posterior contiene disposiciones que «*no pueden conciliarse con las de la ley anterior*» (artículos 71 y 72 del CC). En ese sentido, el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil nro. 2143, del 23 de junio de 2014 (CP: Augusto Hernández Becerra) precisó que la derogación expresa no requiere de ninguna interpretación, pues el legislador señala de forma precisa y concreta los artículos derogados; contrario a lo que sucede con la derogación tácita, la cual se deduce de una incompatibilidad, por lo que requiere un ejercicio de interpretación de ambas leyes en donde se encuentre que la aplicación de una de ellas conlleva necesariamente al desconocimiento de la otra. 5- En síntesis, los actos acusados plantean como tesis que el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019 al derogar expresamente «*las partidas 29.36, 29.41, 30.01, 30.02, 30.03, 30.04 y 30.06 consagradas en el artículo 424*», también derogó el precepto contenido en el ordinal 1.º de esa disposición, de manera que los insumos químicos para producir los medicamentos identificados en esas partidas arancelarias quedaron gravados conforme al régimen general del IVA. 6- Pues bien, la Sala observa que el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019 dejó a salvo la exclusión contenida en el ordinal 1.º del artículo 424 del ET, de modo que no la derogó expresamente como defiende la entidad demandada. Tampoco se advierte que el contenido normativo de los artículos 1.º y 12 de la Ley 2010, al modificar los artículos 424 y 477 del ET, sea incompatible con la exclusión del ordinal 1.º del artículo 424 en comento, de ahí que no haya ocurrido una derogación tácita. Al contrario, concluye la Sala que desde la entrada en vigencia de la Ley 2010 de 2019, los medicamentos clasificados en las partidas arancelarias 29.36, 29.41, 30.01, 30.02, 30.03, 30.04 y 30.06 tienen la calidad de exentos, mientras que «*las materias primas químicas con destino a la producción de los medicamentos de las posiciones 29.36, 29.41, 30.01, 30.03, 30.04 y 30.06*» conservaron la calidad de excluidas. Por lo expuesto, se considera que las materias primas químicas para la producción de medicamentos continúan siendo excluidas, tal como lo dispone el ordinal 1.º del artículo 424 del ET. 7- Toda vez que los anteriores razonamientos son suficientes para declarar la nulidad total de los actos cuestionados, la Sala se releva del estudio de los demás cargos de nulidad. En consecuencia, se anulan los conceptos demandados."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de noviembre de 2021, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2020-00030-00\(25424\)](#)

# SECCIÓN QUINTA

## 1. Se negó la nulidad del acto de elección del gobernador del departamento de Chocó.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección del gobernador del Departamento del Chocó, aduciendo que el acto acusado está viciado por las causales genéricas de nulidad del artículo 137 del CPACA por infracción de norma superior y expedición irregular, así como las específicas de nulidad electoral del artículo 275 ejusdem por falsedad en documentos electorales (numeral 3) y trashumancia (numeral 7), a partir de las censuras formuladas en su contra por la parte actora, a saber, la presunta: (i) diferencia superior al 10% entre la votación para las elecciones de diputados a la Asamblea del Chocó y las de gobernador del departamento; (ii) suplantación de la sufragante Paola Moreno Pacheco en la zona 90, puesto del Megacolegio Mía, mesa 06 del municipio de Quibdó; (iii) doble votación del jurado Giklyf Yokir Jiménez Asprilla en la zona 03, puesto de la Universidad Tecnológica, mesas 05 y 18 del mismo ente territorial; y (iv) trashumancia en 13.424 registros impugnados. La Sala negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que (i) la presunta diferencia entre la votación obtenida en elecciones de diputados y la del gobernador, relativa a lo dispuesto en el artículo 164 del Código Electoral, no era aplicable al asunto bajo estudio dado que (a) el demandante no señaló las zonas, puestos y mesas en las que supuestamente se configuró la causal alegada; (b) no acusó los actos de las comisiones escrutadoras de primer nivel que resolvieron las eventuales solicitudes presentadas con base en la misma; y (c) no se refiere a la votación obtenida por las listas de candidatos a distintas corporaciones públicas postuladas por una misma agrupación política sino a la comparación entre el resultado global de la elección de diputados y la de gobernador del departamento de Chocó. Así mismo, desestimó los cargos restantes, luego de concluir que la diferencia en sufragios entre el elegido y el segundo candidato con la votación más alta fue de 9074 votos, en tanto que los votos discutidos por las irregularidades alegadas, ascendía tan solo a 3742, de modo que si llegasen a prosperar la totalidad de irregularidades, estas no tendrían la entidad suficiente para cambiar al elegido.

**NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de gobernador / NULIDAD ELECTORAL – Se desestima el cargo por diferencia del 10 por ciento o más entre la votación de las listas de una misma agrupación política para la elección de distintas corporaciones / NULIDAD ELECTORAL – Desestimación de los cargos restantes en tanto las irregularidades alegadas no supera la diferencia de votos entre el demandado y quien le sigue en votos / RECTIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico:** La Sala procederá a establecer si el acto electoral acusado está viciado por las causales genéricas de nulidad del artículo 137 del CPACA por infracción de norma superior y expedición irregular, así como las específicas de nulidad electoral del artículo 275 ejusdem por falsedad en documentos electorales (numeral 3) y trashumancia (numeral 7), a partir de las censuras formuladas en su contra por la parte actora, a saber, la presunta: (i) diferencia superior al 10% entre la votación para las elecciones de diputados a la Asamblea del Chocó y las de gobernador del departamento; (ii) suplantación de la sufragante Paola Moreno Pacheco en la zona 90, puesto del Megacolegio Mía, mesa 06 del municipio de Quibdó; (iii) doble votación del jurado Giklyf Yokir Jiménez Asprilla en la zona 03, puesto de la Universidad Tecnológica, mesas 05 y 18 del mismo ente territorial; y (iv) trashumancia en 13.424 registros impugnados.

**Tesis:** “En cuanto a la disparidad censurada por el actor de 7.822 sufragios, entre el resultado final de la elección de diputados a la Asamblea de Chocó y la de gobernador del departamento, equivalente a que en esta última se alcanzó una votación total superior al 10% de la obtenida en la primera, reitera la Sala que en los términos del artículo 164 del Código Electoral y la jurisprudencia que lo desarrolla, no se trata de una causal de nulidad electoral sino de recuento de votos, que rige en el marco de elecciones plurinominales más no unipersonales. (...). Por tanto, para que pueda ser estudiada en sede de nulidad electoral, es menester impugnar no solo la legalidad del acto de elección sino también la de los actos proferidos por las autoridades electorales, en sede de escrutinios, en respuesta a las solicitudes de recuento justificadas en tal diferencia, de modo que su examen integra la verificación de las mesas acusadas junto con el juicio de legalidad de las resoluciones que resuelven aquellas peticiones. Lo anterior basta para concluir que, (...) esta norma no resulta aplicable al presente asunto y, en consecuencia, el cargo debe ser desestimado, en cuanto el demandante: (i)

no señaló las zonas, puestos y mesas en que presuntamente se configuró esta causal de recuento, de acuerdo con el artículo 139, inciso 2° del CPACA; (ii) tampoco acusó los actos de las comisiones escrutadoras de primer nivel que resolvieron las eventuales solicitudes presentadas con base en la misma; y (iii) no se refiere a la votación obtenida por las listas de candidatos a distintas corporaciones públicas postuladas por una misma agrupación política sino a la comparación entre el resultado global de la elección de diputados y la de gobernador del departamento de Chocó, supuesto de hecho que escapa a lo previsto por el legislador. (...). [R]esulta innecesario entrar a valorar tales medios de convicción sobre el total de los 13.424 registros acusados (...), teniendo en cuenta que 9.617 de estos, (...) corresponden a ciudadanos que se encuentran afiliados al sistema de seguridad social en salud en algún municipio de Chocó, (...) por tanto, no se puede predicar la trashumancia en su contra, toda vez que la elección que se controvierte corresponde a la circunscripción departamental. A su vez, frente a los 3.807 registros restantes, sumados a los 2 en que se fundan las acusaciones por suplantación de un elector (1) y doble votación de un jurado (1), observa la Sección que no son suficientes para cumplir el presupuesto para la decretar la nulidad deprecada, (...) en tanto que su impacto en la elección no tendría la virtualidad de afectar el resultado. (...). [L]a diferencia en sufragios entre el elegido y el segundo candidato con la votación más alta fue de 9.074 votos, lo que hace evidente que aún si se accediera a lo pretendido por el actor en el sentido de descontarle al señor Ariel Palacios Calderón los 3.742 votos objeto de controversia por las causales de nulidad en mención, no sería suficiente para modificar el resultado de la elección, pues aún en ese escenario hipotético el demandado seguiría siendo el ganador de los comicios por una amplia ventaja.”

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

#### **TRASHUMANCIA ELECTORAL - Parámetros para desvirtuar la presunción de residencia electoral y acreditar la trashumancia**

**Tesis:** “Aunque [se comparte] la conclusión a la que llegó el fallo, consistente en que las irregularidades denunciadas, relativas a la suplantación de electores, doble votación y en especial trashumancia, no tienen la virtualidad de afectar el resultado de la elección controvertida, debido a la amplia diferencia que obtuvo el demandado frente a sus competidores en los comicios celebrados en el año 2019, [se considera] necesario aclarar [el] voto respecto de la metodología que debe atenderse en aras de establecer si un ciudadano está registrado para votar en un lugar que no corresponde a su residencia electoral. Para determinar el fenómeno de la trashumancia es necesario tener en cuenta el artículo 4° de la Ley 163 de 1994. (...). Como se indicó con anterioridad, la fuerza de esta presunción radica en un hecho cierto, consistente en que el ciudadano interesado como lo establece el artículo 78 del Código Electoral, se presentó personalmente ante la autoridad electoral del lugar en el que debe sufragar y declaró bajo la gravedad del juramento que aquél para efectos electorales es su residencia, afirmación que en virtud del principio de la buena fe, la administración debe tener por cierta, salvo prueba en contrario. Dada la importancia de dicha manifestación, la misma queda consignada en el formulario E-3, toda vez que a partir de la información suministrada se ubicará al ciudadano en el censo electoral del distrito o municipio respectivo y se establecerá un lugar para que ejerza el derecho al voto. Para tal efecto, como resulta lógico, el interesado debe registrar una dirección, la cual en virtud del 4° de la Ley 163 de 1994 caracteriza su residencia electoral. Por otra parte, frente a los mecanismos para prevenir y combatir la trashumancia electoral, se encuentra la facultad concedida al Consejo Nacional Electoral por el artículo 4° de la Ley 163 de 1994, consistente en que mediante un procedimiento breve y sumario (I) compruebe si el inscrito no reside en el respectivo municipio, y en caso afirmativo (II) declare sin efecto la inscripción correspondiente, con lo cual se logra evitar que personas ajenas a una entidad territorial tengan injerencia en los comicios locales. (...). Con fundamento en la información recopilada, el Consejo Nacional Electoral determina las cédulas de ciudadanía que fueron inscritas irregularmente para votar, respecto de las cuales sus titulares, no podrán volver a inscribir el documento de identidad para el mismo proceso electoral en el lugar en el que fueron excluidos, ni tampoco ser designados para ejercer como jurados de votación de la respectiva entidad territorial (art. 10). Finalmente, se subraya que contra la decisión que deja sin efectos la inscripción de cédulas de ciudadanía procede el recurso de reposición (art. 12). (...). Debido a esta compleja situación, (...) el análisis de la información recaudada debe ser especialmente cuidadoso, así como la forma en que se solicita y obtiene ésta, pues de ello depende el grado de probabilidad o certeza de las conclusiones a las que se llegue sobre la residencia electoral de una persona, y por consiguiente, si para determinados comicios participaron o no trashumantes.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 30 de septiembre de 2021; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2020-00013-00.](#)

## 2. Se negó la nulidad del acto de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, alegando que (i) se desconoció el principio de separación de poderes contenido en el artículo 113 Superior, por cuanto en la designación de los miembros de la referida Comisión, intervino el presidente de la República conformando algunas ternas y el Congreso realizando la elección correspondiente; (ii) se desconoció el artículo 125.2 Superior que prevé la implementación de concurso de méritos, para proveer los empleos públicos, que en criterio del demandante resulta aplicable a la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial; (iii) que no se cumplieron los criterios de mérito que deben aprobar los aspirantes a los cargos de elección demandados, por mandato del artículo 126.4 de la Carta Política; (iv) que en la conformación de las ternas que precedió el acto acusado se desconoció el principio del mérito; y, (v) que con el acto de designación se presentó una vulneración del debido proceso y la participación de los ciudadanos en el ejercicio y control del poder político. La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de concluir que (i) no se desconoció el principio de separación de poderes; (ii) en la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no aplica el artículo 125.2 Superior alusivo al concurso de méritos; (iii) sí se tuvo en cuenta el principio de mérito en la convocatoria; y, (iv) que las elecciones acusadas no desconocieron el procedimiento constitucionalmente establecido para la designación de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

**NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección de Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial / PROCESO DE SELECCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO – Estando debidamente regulado por el legislador no le aplica ni es derogado por el artículo 126 numeral 4 constitucional / TERNA – Inexistencia de desconocimiento del artículo 113 de la Constitución al conformarse una terna por el ejecutivo y ser elegida por el legislativo / PROCESO DE SELECCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO – La regla general del artículo 125 superior no cubre la selección de los magistrados de la Comisión de Disciplina Judicial / COMISIÓN NACIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL - Principio de mérito en la conformación de las ternas para la elección de los magistrados /**

**Problema jurídico:** Se limita a determinar si es procedente declarar la nulidad del acto de elección de los señores Magda Victoria Acosta Walteros, Juan Carlos Granados Becerra, Mauricio Fernando Rodríguez Tamayo, Diana Marina Vélez Vásquez, Alfonso Cajiao Cabrera, Carlos Arturo Ramírez Vásquez y Julio Andrés Sampedro Arrubla como magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, período 2021-2029 por presuntamente vulnerar los artículos 29.1, 113, 125.2, 126.4 y 40.7 superiores y el Acuerdo PCSJA20-11633 de 30 de septiembre de 2020. Para el estudio de los argumentos de la demanda, se estima pertinente abordar los siguientes asuntos: (I) Si se desconoce el principio de separación de poderes contenido en el artículo 113 Superior, por cuanto en la designación de los miembros de la referida Comisión, intervino el presidente de la República conformando algunas ternas y el Congreso realizando la elección correspondiente. (II) Si el artículo 125.2 que prevé la implementación de concurso de méritos, para proveer los empleos públicos, resulta aplicable a la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. (III) Si el artículo 126. 4, que consagra la realización de una convocatoria para la elección de servidores del Estado atribuidos a corporaciones públicas, resulta procedente para la designación demandada, y en caso afirmativo, de qué forma debió implementarse. (IV) Si en la conformación de las ternas que precedió el acto acusado se desconoció el principio del mérito. (V) Si con el acto de designación se presentó una vulneración del debido proceso y la participación de los ciudadanos en el ejercicio y control del poder político.

**Tesis:** “Con la sentencia SU 355 de 2020 definió la Corte Constitucional que se trata de una competencia que le corresponde a las autoridades convocantes el cambio más significativo consistió en que, la conformación de las cuatro ternas que inicialmente debía conformar el Consejo de Gobierno Judicial, previa convocatoria pública reglada adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial, fue asignada en su totalidad al Consejo

Superior de la Judicatura y al presidente lo referente a las 3 restantes. También definió la Corte Constitucional en dicha sentencia que el artículo 126-4 superior, al ser una norma constitucional que establece reglas de carácter general para concursos no reglados por la ley, no prevalece sobre las disposiciones superiores que definen competencias concretas en favor de ciertos órganos constitucionales o que establecen mecanismos particulares para la elección de sus miembros, ni tampoco frente a reglas especiales como las fijadas en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -Ley 270 de 1996-. (...). Es decir, si existen concursos o procesos de selección ya debidamente regulados por el Legislador, el artículo 126-4 constitucional no deroga automáticamente aquellos ya configurados, acorde con su contenido literal. (...). [L]a Sala estima que el hecho de que en la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial intervengan las tres ramas del poder público, contrario a lo indicado por el demandante, corresponde al principio de pesos y contrapesos que soporta el principio de la separación del poder del Estado. (...). Del tenor literal de esta norma se evidencia que la regla constitucional resulta aplicable únicamente en los casos en que no existe régimen especial de designación. La suposición del actor implica sobre esta base que no existe norma especial para la designación de los magistrados de la Comisión de Disciplina Judicial y, a la vez, desconoce la existencia de la norma especial para este procedimiento de escogencia para estos servidores, prevista en el artículo 257 A de la Carta. (...). La Sala precisa por consiguiente que la norma que rige la regla general de acceso a los cargos públicos consagrada en el artículo 125 de la Constitución Política no cubre la selección de los magistrados de la Comisión de Disciplina Judicial, dado que el sistema de designación de éstos se encuentra detallado por norma constitucional expresa y especial, situación que conforme con el artículo 125 de la Constitución lo excluye de la regla general, que regula el ingreso a la función pública por concurso público, por lo que no hay desconocimiento de esta disposición. (...). [E]ntre la convocatoria pública a la que se refieren los artículos 126 y artículo 257A constitucionales existen varias diferencias, la primera y más importante, en que la segunda disposición es la regla especial para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en cambio, el artículo 126 contiene el lineamiento general para la escogencia de los servidores por parte de corporaciones públicas, aplicable en casos de ausencia de norma especial. (...). [S]e tiene que éste [principio de mérito] sí se reflejó en las convocatorias respectivas, como un principio que debía orientar el análisis de las hojas de vida de los distintos aspirantes, trámite en el que no puede olvidarse, a diferencia de lo que ocurre en los concursos públicos, los nominadores cuentan con un amplio margen de discrecionalidad, reconocido por la Constitución y la ley.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 30 de septiembre de 2021; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2021-00006-00](#)

### 3. Se confirmó la sentencia que declaró la nulidad del acto de elección de un edil de la JAL de San Cristóbal de Bogotá.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección de un edil de la Junta Administradora Local de San Cristóbal de Bogotá, alegando el demandante, quien también participó de la justa electoral, que su votación estuvo viciada de falsedad debido a diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, que dieron lugar a que le restaran 3 votos. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto de elección demandado, dado que no se acogieron los argumentos expuestos por el demandado en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.*

**NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección de edil de la Junta Administradora Local de San Cristóbal de Bogotá / CALIFICACIÓN DE LA PRUEBA / FALSEDAD EN DOCUMENTO ELECTORAL / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / CAUSALES DE RECLAMACIÓN DURANTE EL ESCRUTINIO DE VOTOS / DIFERENCIA ENTRE EL FORMULARIO E14 Y EL FORMULARIO E24 / PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN**

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala resolver, en los precisos términos expuestos en el recurso de apelación, si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia del 13 de mayo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en la que accedió a las pretensiones de nulidad parcial del acto de elección de los ediles de la Localidad de San Cristóbal de la ciudad de Bogotá, para el periodo 2020-2023, concretamente respecto de la plaza que obtuvo el señor Darwin Andrés Pachón Bonilla. Para el efecto, la Sala determinará como*

*cuestión previa, y según el planteamiento del Ministerio Público, si hay lugar a declarar desierto el recurso de apelación, en razón a que no controvertió el fundamento de la sentencia de primera instancia. En el evento de superar lo anterior, la Sala deberá establecer (i) si el demandante debió agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 237 de la Constitución Política, antes de acudir ante la jurisdicción para controvertir el acto demandado, y (ii) si es procedente analizar cargos nuevos acerca de las pruebas que en criterio del demandante eran esenciales para la defensa, en punto a demostrar que en favor del demandante se presentaron falsedades en otros formularios electorales.*

**Tesis:** “[L]a parte demandada bien pudo controvertir la decisión [de primera instancia] que dispuso dictar sentencia anticipada, bajo la advertencia de una solicitud probatoria pendiente de su decreto y práctica o de cualquier otro aspecto dirigido a controvertir los elementos de convicción aportados por el demandante, sin embargo, se abstuvo de proceder en ese sentido y, por ello, feneció la oportunidad procesal de debatir tal censura, razón por la que la Sala se abstendrá de resolver sobre el particular. (...). Adicionalmente, el ponente sustanciador de segunda instancia, por auto del 12 de agosto de 2021, se pronunció sobre las pruebas que el demandado pidió en la alzada, donde reiteró la solicitud del escrito de contestación, y dispuso negarlas en la medida que ya obraban en el expediente, y esta decisión también quedó en firme porque no se presentaron recursos. (...). Otro aspecto de la apelación en este cargo se refiere a que en otros documentos electorales se presentaron diferencias injustificadas que favorecieron al demandante. Al respecto, se debe advertir que este reparo no fue planteado por el demandado en su escrito de contestación, de manera que no fue un aspecto que se haya debatido en la primera instancia, por lo que mal haría esta Sala en pronunciarse sobre el particular, so pena de desconocer el derecho de contradicción de la parte contraria. (...). [L]a invocación de la irregularidad en mención [diferencia injustificada entre los formularios E-14 y E-24] ante la autoridad electoral, si bien en principio era requisito de procedibilidad para acudir a la vía jurisdiccional, hoy día no es exigible. (...). Adicionalmente, (...), la posición jurídica de esta Sección da cuenta de que el requisito de procedibilidad de que se trata no es obligatorio en la actualidad, por lo que es este criterio judicial el que se impone para resolver el recurso que nos ocupa. (...). [N]o es procedente invocar como causal de reclamación las diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24, toda vez que, como se precisa con insistencia, esta corresponde con una causal de nulidad electoral que se puede alegar directamente ante el juez contencioso, sin que sea obligatorio plantearla ante la organización electoral como requisito previo para demandar. (...). [L]as reclamaciones presentadas ante la autoridad que tiene a su cargo el escrutinio deben corresponder con las enlistadas en el Código Electoral, sin que haya lugar a elevar reparos por aspectos no contemplados en esa codificación, como las diferencias entre formularios electorales. (...). [E]l reproche que planteó el demandante ante esta jurisdicción no se enmarcó en alguna de las causales de reclamación taxativamente contempladas en el Código Electoral que debieran ser resueltas por la comisión respectiva, sino en la causal de nulidad por diferencias injustificadas entre los registros de los formularios E 14 y E 24, la cual no debía plantearla ante la autoridad administrativa de la organización electoral toda vez que, como se indicó, no es procedente invocarla como reclamación. Por lo tanto, el cargo de la apelación sobre este tópico no está llamado a prosperar. (...). En la medida que los cargos de la apelación no prosperaron, se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 30 de septiembre de 2021; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 25000-23-41-000-2019-01103-01](#)

## 4. Se negó la nulidad del acto de elección del Defensor del Pueblo.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección del Defensor del Pueblo alegando que el demandado (i) no acreditó el requisito de los 15 años como abogado para el desempeño del cargo; (ii) allegó documentación falsa para el proceso de elección; (iii) falsa motivación del Acta 003 de 2020, expedida por la Comisión Legal de Acreditación Documental, al no analizar, de forma detallada, los soportes de la hoja de vida allegada por el demandado; (iv) incumplimiento de la cuota de género en la conformación de la terna para la designación del demandado; (v) falta de concurso público para la conformación de la terna; (vi) falta de independencia del elegido e integración de la terna con nombres de amigos del Presidente de la República, en contravía de los principios de igualdad, buena fe y confianza legítima; (vii) falta de cumplimiento de los requisitos para el cargo de Defensor del Pueblo, por no haber ejercido con buen crédito la profesión. La Sala negó las*

*pretensiones de las demandas, luego de concluir que el elegido cumple con las exigencias constitucionales y legales para desempeñar el cargo de Defensor del Pueblo y durante el proceso administrativo adelantado para declarar su elección no se incurrió en los cargos de nulidad expuestos por los actores.*

**DEFENSOR DEL PUEBLO - Requisitos constitucionales y legales para desempeñar el cargo / EXPERIENCIA PROFESIONAL – Se tiene en cuenta la adquirida a partir de la obtención del título profesional de abogado / DOCUMENTO FALSO – No demostrado / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – No demostrada / TERNA PARA LA ELECCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO / CUOTA DE GÉNERO / CONCURSO DE MÉRITOS / EJERCICIO DE LA ABOGACÍA – Buen crédito de la profesión de abogado/**

**Problema jurídico:** *Consiste en: “[d]eterminar si es nulo el acto de elección del señor CARLOS ERNESTO CAMARGO ASSIS como Defensor del Pueblo para el período 2020-2024, de la sesión plenaria de la Cámara de Representantes del 14 de agosto de 2020, conforme a los cargos, junto con las razones de hecho y de derecho presentadas oportunamente por las partes e intervinientes.”*

**Tesis:** “[L]a experiencia profesional, en el caso del Defensor del Pueblo, debe contabilizarse a partir de la obtención del título de abogado, por así disponerlo el parágrafo del artículo 128 de la Ley 270 de 1996. (...). En conclusión, no hay lugar a desconocer la experiencia que fue acreditada, en sede administrativa, pues la relacionada con la sociedad Warning Seguridad Limitada, no se comprobó que sea falsa y se deberá contabilizar desde la fecha de su grado del demandado como abogado. (...). [N]o se advierte de qué manera resulta contradictoria la posición del presidente de la Comisión con la de los otros dos representantes, pues no encuentra la Sala que la afirmación referida a que se tuvieron en cuenta todas las certificaciones de experiencia profesional como abogado, implique que se le hubieran aplicado equivalencias y que de ello se hubiera omitido motivar el acto de acreditación. Es decir, no existe prueba alguna que demuestre que al demandado se le tuvo en cuenta equivalencia alguna, por el contrario el Acta 003 de 2020, demuestra que solo se valoró su experiencia. (...). [N]o se vulneró la Ley 581 de 2000 y, en consecuencia, no hay lugar a declarar la nulidad de la elección del señor Carlos Ernesto Camargo Assis, como Defensor del Pueblo, pues en la terna definitiva a partir de la cual la Cámara de Representantes declaró la cuestionada elección, se integró con el nombre de una mujer. (...). Ahora, en lo que respecta al presunto incumplimiento de los requisitos para ser elegida Defensora del Pueblo, la Sala debe reiterar que no hay lugar a verificar esa circunstancia cuando se trata de quienes no resultaron elegidos, pues la demanda se dirige únicamente contra la elección del designado por lo que tal análisis carece de la incidencia suficiente para anular la elección. [E]s evidente que el artículo 125 constitucional que impone la celebración de concursos no aplica para aquellos casos que como en el presente existe sistema de nombramiento ya establecido. (...). [T]ampoco el proceso de elaboración de la terna de candidatos para elegir Defensor del Pueblo debe estar precedida de convocatoria pública -art. 126 de la CP-, porque esa exigencia no está contenida en el procedimiento fijado por la constitución ni por la ley. (...). En este orden de ideas queda demostrado que los postulados a que alude la parte demandante, no son aplicables a la elección del defensor del pueblo. (...). No existen pruebas que acrediten la estrecha amistad que se alega entre quien conformó la terna y el elegido, y tampoco se evidencia que el hecho de que los ternados sean egresados de la misma universidad conlleve a la afectación del interés general, por lo que la Sala, sobre este aspecto en particular no encuentra demostrado el vicio que se enrostra. Respecto de la afirmación de que el demandado, dada la forma de su elección se convierte en agente político, debe reiterar la Sala que fue el constituyente quien determinó el procedimiento que se debe surtir para la elección del Defensor del Pueblo y las autoridades que intervienen -artículo 283 de la CP-. Así las cosas, (...), esta forma de elección (...) lo que busca es que en procura de los principios de separación de funciones y de colaboración armónica de las ramas del poder público, las vacantes sean provistas con la mayor transparencia y con la intervención, en este preciso caso del Defensor del Pueblo, de la rama ejecutiva (Presidente de la República), y de la legislativa (la Cámara de Representantes como nominador).

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 14 de octubre de 2021; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2020-00078-00](#)

# SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

**1. La caducidad para expedir el acto administrativo que ordena el reembolso a favor del FOSYGA (ADRES) acaece a los dos años contados desde el momento de la exigibilidad de las respectivas obligaciones que se encuentran registradas en los estados financieros del en virtud de los pagos hechos con ocasión de accidentes de tránsito causados por vehículos no identificados o carentes de SOAT. Por su parte, la acción de cobro coactivo con base en dicho acto administrativo prescribe en el término de los cinco (5) años contados a partir de la fecha de su ejecutoria.**

**Síntesis del caso:** *El Ministerio de Salud y Protección Social presentó una consulta, mediante la cual indagó sobre la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones originadas en procesos de repetición por el pago de reclamaciones de la Subcuenta ECAT del FOSYGA, cuando en un accidente de tránsito se encuentra involucrado un vehículo automotor sin seguro obligatorio.*

**SUBCUENTA ECAT DEL FOSYGA – Objeto y coberturas / SEGURO OBLIGATORIO DE DAÑOS CORPORALES CAUSADOS A PERSONAS EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO (SOAT) – Características / SOAT – Coberturas / SUBCUENTA ECAT DEL FOSYGA - Cobertura por eventos relacionados con accidentes de tránsito en que están involucrados vehículos automotores no identificados o carentes de SOAT / FOSYGA – Mecanismos para la recuperación de los recursos pagados con cargo a la subcuenta ECAT / REPETECIÓN - Contra los responsables del accidente de tránsito o sus aseguradores / COBRO COACTIVO - Contra el propietario del vehículo (o su conductor) por el incumplimiento del deber administrativo de tener el SOAT / ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA EL REEMBOLSO A FAVOR DEL FOSYGA – Término de caducidad para su expedición / COBRO COACTIVO – Término de prescripción / DEPURACIÓN DE CARTERA – Facultad del ADRES para depurar su cartera respecto a las obligaciones generadas a favor del sistema de seguridad social en salud**

**Problema jurídico:** *¿Cuál es el término de prescripción aplicable de la acción de cobro de las obligaciones originadas en procesos de repetición por el pago de reclamaciones de la Subcuenta ECAT del FOSYGA, cuando en un accidente de tránsito se encuentra involucrado un vehículo automotor sin seguro obligatorio?*

**Tesis:** “Este mecanismo de recuperación de las sumas pagadas por parte del FOSYGA (ADRES) en el caso de accidentes de tránsito tiene las siguientes características: (i) es una acción de repetición; (ii) está basada en la responsabilidad civil; (iii) se ejerce contra los responsables del accidente de tránsito o sus aseguradores; y (iv) corresponde a una acción judicial declarativa, en la medida en que si no hay un pago voluntario de la obligación, solo un juez, podría determinar la responsabilidad civil del accidente de tránsito, a través de un proceso judicial y con respeto de las normas que rigen el debido proceso (artículo 29 C.P). (...) En estos casos el plazo de caducidad de la acción de repetición será dos (2) años conforme a lo previsto en el artículo 164-2 (i) del mismo CPACA. Este plazo empezará a correr desde el momento en que nace el derecho de recobro en cabeza del FOSYGA (ADRES), lo cual ocurre cuando se efectúa el pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos que correspondan con ocasión del hecho dañoso. (...) [E]l artículo 114 del Decreto Ley 019 de 2012 faculta al FOSYGA (ADRES) para declarar la obligación de reembolso y recuperar por jurisdicción coactiva los pagos hechos con cargo a la Subcuenta ECAT del FOSYGA, en razón de accidentes de tránsito en que están involucrados automóviles no identificados o no asegurados. (...) Se trata de dos competencias diferentes pero complementarias: la de expedir el acto administrativo que ordena el reembolso (declarativo) y la de adelantar el cobro coactivo de dicho acto (ejecución como tal). (...) [E]l artículo 114 del Decreto 19 de 2012 permite a la propia Administración la recuperación de las sumas pagadas con cargo a la Subcuenta ECAT del FOSYGA (ADRES), a través de: (i) la declaración mediante acto administrativo de la

obligación de reembolso a cargo del propietario del vehículo no asegurado o su conductor (basada en el incumplimiento del deber de tener un SOAT vigente); y (ii) su cobro por jurisdicción coactiva. Por tanto, la persona que incumple el deber de contratar un seguro obligatorio de accidentes de tránsito, se ve expuesto por esa sola causa a: (i) la inmovilización de su vehículo (medida preventiva); (ii) la imposición de una multa (sanción pecuniaria); y, en el caso de ocurrir un accidente de tránsito, a (iii) restituir al Estado, con independencia de su responsabilidad en el accidente, las sumas pagadas a las víctimas por el incumplimiento de su deber legal de estar asegurado (medida resarcitoria). Además, claro está, de que pueda ser demandado por las víctimas para la reparación integral de los perjuicios causados. (...) Dado que la ley no señala expresamente el plazo para la expedición de dicho acto administrativo, la Sala estima que dicho plazo no podría superar el que se tendría para interponer la acción judicial de repetición contra el particular que con su conducta le causó un daño, en los términos de los artículos 140 y 164 (numeral 2, lit. i) del CPACA, es decir, dos (2) años desde el momento de la exigibilidad de la respectiva obligación, hecho este que para el caso del FOSYGA ocurre desde que se hace el pago, tal como se explicó en el punto 4.1. de este concepto. (...) [L]a acción de cobro prescribe en el término de cinco (5) años contados desde la exigibilidad de la obligación, esto es, desde la fecha de ejecutoria del acto administrativo que ordena el reembolso. Este término de prescripción se interrumpe, entre otros eventos, por la notificación del mandamiento de pago. Una vez interrumpida la prescripción, empieza a correr de nuevo, desde el día siguiente a la notificación del acto que la interrumpió, el término de 5 años para culminar el cobro, según lo dispone el artículo 818 transcrito y el entendimiento que de dicha norma ha deducido la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Además, la prescripción puede ser declarada de oficio o a petición de parte, según establece en la parte final del artículo 817 en cita”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las reglas de procedimiento del cobro coactivo y su remisión al Estatuto Tributario, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2164 del 5 de junio de 2014, radicado 11001-03-06-2013-00401-00, C.P. Germán Alberto Bula Escobar.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2296 del 6 de septiembre de 2017; C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2016-00095-00\(2296\)](#)

## **2. Los congresistas que tengan un proceso penal en su contra o que tengan familiares investigados penalmente por circunstancias relacionadas con el apoyo o pertenencia a grupos organizados actores del conflicto armado, incurrirían en un conflicto de intereses si participan en la discusión, aprobación o conformación del quorum deliberatorio del proyecto de la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial de Paz que desarrolla el Acto Legislativo 01 de 2017.**

**Síntesis del caso:** *El Ministerio del Interior presentó una consulta mediante la cual indagó sobre la eventual existencia de conflictos de interés de los congresistas que se encuentran investigados penalmente o que tienen familiares en esta misma situación, por circunstancias relacionadas con el apoyo o pertenencia a grupos organizados actores del conflicto armado, en consideración del contenido del proyecto de la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial de Paz que desarrolla el Acto Legislativo 01 de 2017.*

**CONFLICTO DE INTERESES EN LOS CONGRESISTAS – Configuración / SISTEMA INTEGRAL DE VERDAD, JUSTICIA, REPARACIÓN Y NO REPETICIÓN / JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP) – Proyecto de ley estatutaria sobre la JEP / CONFLICTO DE INTERESES / PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA SOBRE LA JEP – Se presenta en el caso de los congresistas contra los que actualmente cursan procesos penales ante la jurisdicción ordinaria por hechos relacionados con presunto apoyo o pertenencia a grupos organizados que hayan sido actores del conflicto armado**

**Problema jurídico:** *¿Existe un conflicto de interés en el caso de los congresistas que tengan un proceso penal en su contra o que tengan un familiar investigado penalmente por circunstancias relacionadas con el apoyo o pertenencia a grupos organizados actores del conflicto armado, en consideración del contenido del proyecto de la Ley Estatutaria de la Jurisdicción Especial de Paz que desarrolla el Acto Legislativo 01 de 2017?*

**Tesis:** “[A]quellos miembros del Congreso de la República contra los que actualmente cursan procesos penales ante la jurisdicción ordinaria por hechos relacionados con presunto apoyo o pertenencia a grupos organizados que hayan sido actores del conflicto armado, estarían incurso en violación al régimen de conflicto de intereses si participan en la discusión y aprobación, y aún en la sola conformación del quorum deliberatorio, en relación con el trámite del proyecto de ley sobre el que versa la consulta, puesto que podrían beneficiarse directamente de la disposición estatutaria que sin duda confiere un tratamiento especial a los que se sometan a la JEP. (...) [L]os congresistas que hoy están incurso en procesos penales por conductas presuntamente relacionadas con el conflicto armado, al intervenir y votar el proyecto de ley estatutaria estarían decidiendo la estructura, el funcionamiento y las medidas procesales de una jurisdicción que les sería aplicable en situaciones particulares identificables – en investigación – o identificadas – en etapa de juicio -. Es decir, su intervención no respondería al trámite de una ley con destinatarios indeterminados sino a una ley con vocación para serles aplicada directamente. (...) Por igual lógica se concluye que se vulnera el régimen de conflicto de intereses, en tratándose de los miembros del congreso cuyos cónyuges o compañeros o compañeras permanentes, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil se puedan ver afectados por el proyecto que regula la JEP”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el régimen de conflicto de intereses de los congresistas, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 24 de febrero de 2015, Expedientes 2012-01139 y 2012-01443 y del 19 de septiembre de 2017. Expediente: 2014-01602.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2357 del 15 de noviembre de 2017; C.P. Germán Alberto Bula Escobar, radicación: 11001-03-06-000-2017-00191-00\(2357\)](#)

### **3. La transformación de la naturaleza jurídica de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano – UNITROPICO de una institución de educación superior sometida al derecho privado a una institución de educación superior de carácter público, genera efectos en su régimen laboral y sindical, en la asunción de sus deudas y obligaciones y en la elección de sus directivas.**

**Síntesis del caso:** *El Ministerio de Educación Nacional presentó una consulta, mediante la cual indagó sobre los efectos de la transformación de la naturaleza jurídica de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano – UNITROPICO en su planta de personal, sindicatos, deudas, obligaciones y elección de directivas.*

**UNIVERSIDADES PÚBLICAS - Régimen legal y constitucional / AUTONOMÍA UNIVERSITARIA / CARRERA ADMINISTRATIVA – Naturaleza / CATEGORÍAS EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA / UNIVERSIDADES PÚBLICAS - Tienen un régimen de carrera administrativa especial / SUSTITUCIÓN PATRONAL – Busca asegurar la protección y continuidad de los derechos de los trabajadores ante un cambio de su empleador / REQUISITOS DE LA SUSTITUCIÓN PATRONAL / PROCEDENCIA DE LA SUSTITUCIÓN PATRONAL – Aplica a los trabajadores oficiales, pero no a los empleados públicos / DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL / FUERO SINDICAL – Definición / DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO - No les resultan aplicables las normas del derecho colectivo del trabajo a los servidores públicos que ostentan la calidad de empleados públicos /**

**SINDICATO – Mantiene su personería jurídica mientras no exista una decisión judicial que la de por extinguida / PRINCIPIOS DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y DE EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS – Propende por la consecución de los fines estatales y por la protección de la buena fe de los ciudadanos ante la Administración / EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS - Son objeto de protección a través del principio de la confianza legítima / FUNDACIÓN UNIVERSITARIA INTERNACIONAL DEL TRÓPICO AMERICANO (UNITROPICO) – Naturaleza jurídica / RÉGIMEN JURÍDICO – Efectos de la Ley 1937 de 2018 en el régimen jurídico de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano (UNITROPICO) / TRABAJADORES DOCENTES Y ADMINISTRATIVOS / CONTRATO LABORAL – Vinculación laboral con la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano (UNITROPICO) / PERSONAL DOCENTE / CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO / – Incorporación a la planta de personal y al régimen de carrera administrativa de la universidad pública UNITROPICO de los docentes con estabilidad laboral reforzada y sin estabilidad laboral reforzada / PERSONAL ADMINISTRATIVO / CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO / – Incorporación a la planta de personal y al régimen de carrera administrativa de la universidad pública UNITROPICO del personal administrativo con estabilidad laboral reforzada y sin estabilidad laboral reforzada / DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL / SINDICATO / FUERO SINDICAL / LEVANTAMIENTO DEL FUERO SINDICAL - La transformación de la naturaleza jurídica de UNITROPICO y su impacto en materia sindical / TRANSFORMACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA INTERNACIONAL DEL TRÓPICO AMERICANO (UNITROPICO) – Efectos en sus deudas y obligaciones / TRANSFORMACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA INTERNACIONAL DEL TRÓPICO AMERICANO (UNITROPICO) – Efectos en la elección de sus directivas**

**Problema jurídico:** *¿Cuáles son los efectos de la transformación de la naturaleza jurídica de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano en su régimen laboral, régimen sindical, deudas, obligaciones y en la elección de sus directivas?*

**Tesis:** “El personal docente y administrativo vinculado mediante contrato laboral a término indefinido a la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano y que esté amparado por el régimen de estabilidad laboral reforzada debe ser integrado, sin solución de continuidad, a la planta de personal de la Universidad Internacional del Trópico Americano, mientras permanezca en esta condición. En el evento de que se trate de un cargo de empleado público, su vinculación se realizará mediante un nombramiento en provisionalidad, sin perjuicio de su derecho a acceder a la carrera administrativa, a través del proceso de selección que previa convocatoria se adelante para proveer el empleo. En los casos excepcionales de personal administrativo vinculado a las actividades propias de los trabajadores oficiales, serán vinculados mediante contrato de trabajo, con el régimen de estos trabajadores. El personal docente y administrativo que no se encuentra cubierto por la garantía de estabilidad laboral reforzada no tiene derecho a dicha incorporación. Sin embargo, la universidad pública podrá, por necesidades del servicio debidamente justificadas, y con fundamento en una autorización general establecida en la ordenanza que haga efectiva su transformación, incorporar al personal idóneo que resulte imprescindible para garantizar el servicio público de educación. En este caso, cuando la incorporación corresponda a cargos de empleado público, para los docentes de dedicación exclusiva, tiempo completo y medio tiempo, y, como regla general, para el personal administrativo, que sean necesarios para la prestación del servicio, su ingreso deberá realizarse mediante nombramiento en provisionalidad, sin perjuicio, de su derecho a acceder a la carrera administrativa a través del proceso de selección que previa convocatoria se adelante para proveer el empleo. En los casos excepcionales de personal administrativo vinculado a las actividades propias de los trabajadores oficiales, que se consideren necesarios para la prestación del servicio, podrán ser vinculados mediante contrato de trabajo, con el régimen de estos trabajadores. En todo caso, deben respetarse los derechos adquiridos a la fecha de transformación de la institución de educación superior. (...) Al personal docente y administrativo que se vincule como empleado público no le aplica la garantía de la sustitución patronal. Cuando por necesidades del servicio, se vincule al personal administrativo en actividades propias de los trabajadores oficiales, podría existir la sustitución patronal si se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia, esto es: a) el cambio de un empleador por otro; b) la continuidad del objeto social de la empresa; y c) la continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador, mediante el mismo contrato de trabajo. (...) Los reconocimientos extralegales que se hayan otorgado al personal docente y al personal administrativo como empleados particulares no pueden mantenerse cuando sean vinculados a la nueva planta de personal como empleados públicos. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos adquiridos, de acuerdo con las consideraciones expuestas en este concepto. En el caso del personal administrativo que, en forma excepcional cumpla actividades propias de los trabajadores oficiales, y se considere necesaria su vinculación para garantizar la prestación del servicio, tendrán derecho a mantener en su contrato de trabajo los reconocimientos

extralegales que conserven a la fecha de la transformación de la Fundación en universidad pública. (...) El sindicato podría seguir operando como sindicato de la Universidad Internacional del Trópico Americano, teniendo en cuenta que se trata de una transformación de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano en universidad estatal. Las directivas del sindicato conservarán su fuero sindical, salvo una decisión judicial en firme que autorice su levantamiento. (...) Previo cumplimiento de los requisitos legales, los pasivos de la Fundación pueden ser pagados con cargo al presupuesto público, por expresa disposición del artículo 3º de la Ley 1937 de 2018. Según esta norma, la Universidad Internacional del Trópico Americano «sustituirá en todo a la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano, esto es en tanto sus derechos como en sus obligaciones». (...) Una vez surtida la transformación del régimen jurídico de la Fundación UNITROPICO en universidad pública, será necesario que se conformen las nuevas instancias de dirección y gobierno, y el contenido de sus funciones, en los términos precisos señalados en la Ley 30 de 1992, en especial, los artículos 62, 64, 65 y 68, los cuales resultan de obligatoria aplicación por mandato del artículo 2º de la Ley 1937 de 2018, que ordenó la aludida transformación.”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el régimen de las universidades oficiales, las instituciones de educación superior estatales u oficiales y las características de la autonomía universitaria, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de junio de 2014, radicación número: 11001-03-06-000-2014-00107-00(2208); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto del 22 de abril de 2021, radicación número: 11001-03-25-000-2019-00894-00(6439-19) y Corte Constitucional, Sentencia T-310 de 1999.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2468 del 31 de agosto de 2021; C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2021-00079-00\(2468\)](#)