

EDICIÓN  
**252**  
MARZO 2022

  
CONSEJO DE ESTADO  
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

#MeSuscriboMeActualizo



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL  
ISSN: 2711-385X

*República de Colombia  
Consejo de Estado*

*Carlos Enrique Moreno Rubio  
Presidente Consejo de Estado*

## COMITÉ EDITORIAL

*Rocío Araújo Oñate  
Hernando Sánchez Sánchez  
Sandra Lisset Ibarra Vélez  
Jaime Enrique Rodríguez Navas  
Myriam Stella Gutiérrez Argüello  
Nandy Melissa Roza Cabrera*

## 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 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. 252, marzo de 2022  
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 Y SUSPENDIDAS.....	5
II. EXHORTOS.....	6
III. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	7
IV. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....	25
V. SECCIÓN PRIMERA.....	30
VI. SECCIÓN SEGUNDA .....	34
VII. SECCIÓN TERCERA.....	45
VIII. SECCIÓN CUARTA.....	70
IX. SECCIÓN QUINTA .....	87
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	93
XI. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO .....	100

## **EDITORIAL**

En esta edición del boletín, el Consejo de Estado se enorgullece en presentar diversas decisiones en el marco del derecho constitucional, administrativo y como órgano consultivo del Estado, que en forma clara abordan temas de actualidad y relevancia.

En materia constitucional, la Corporación profirió varias sentencias, entre las cuales resaltamos una en donde se declaró la vulneración de los derechos fundamentales a una persona que, en el marco de un proceso ejecutivo, cuya pretensión era el pago de valores de una sentencia proferida en un proceso de reparación directa, no se efectuó el pago de los valores conocidos en la sentencia judicial y, por lo tanto, se configuró una mora judicial injustificada.

Dentro de las Salas Especiales de Decisión que conforman la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, destacamos una providencia procedente del ejercicio del medio de control de acción popular, en donde la Corporación unificó su jurisprudencia y, determinó que, en las acciones de este tipo no procede la excepción de indebida acumulación de pretensiones pues, es el juez el llamado a dar el trámite que corresponda a las pretensiones formuladas bajo la figura de la readecuación procesal.

De otro lado, dentro de la Sección Primera se resolvió dar prelación de fallo a una demanda presentada en ejercicio del medio de control de nulidad contra acto administrativo, mediante el cual se otorgó licencia ambiental para el proyecto central de la hidroeléctrica “Pescadero- Ituango”, dados sus impactos sociales, económicos y ambientales.

Por su parte, al interior de la Sección Segunda, en relación con el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales por la mora en la implementación de un concurso de méritos en la Rama Judicial y el nombramiento de la lista de elegibles, se declaró que estos emolumentos no proceden, por cuanto el accionante no tenía ningún vínculo laboral con el Estado, pese a que estuviera incluido en el registro de elegibles del cargo para el cual concursó.

En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional contenido en el laudo arbitral, esta Corporación declaró que, los árbitros son agentes estatales, administran justicia y, por tanto, comprometen dicha responsabilidad en el marco de sus decisiones arbitrales.

Finalmente, y en sintonía con los constantes cambios en las relaciones sociales, encaminadas a otorgar una mayor protección en materia de perspectiva de género, en esta edición inauguramos la Separata Especial de Género, en donde incluiremos la jurisprudencia relevante del Consejo de Estado en el tema.

Esperamos cumplir con las altas expectativas de nuestros lectores.

# I. NORMAS ANULADAS Y SUSPENDIDAS

## Normas anuladas

### SECCIÓN SEGUNDA

El Decreto 1352 de 2013 «por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones», expedido por el gobierno nacional, anulado parcialmente los artículos 5, 6, 8 y 9 por ser contrarios al contenido del numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política y el artículo 49, párrafo tercero, por ser contrario al artículo 6 de la Constitución Política. Así también, la legalidad condicionada del inciso segundo del artículo 46, en el sentido que la potestad allí contenida solo puede ejercerse si (i) la Procuraduría no ha iniciado una investigación previamente por los mismos hechos, o (ii) la Procuraduría General de la Nación no reclama su poder preferente para llevarla a término, a pesar de haber sido iniciada por el Ministerio del Trabajo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 02 de diciembre de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-25-000-2013-01776-00 (4697-13). (ver página 49 de este boletín).

### SECCIÓN CUARTA

El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: la expresión “sin que se requiera acto administrativo que así lo indique”, del inciso segundo del artículo 1.6.1.29.3, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1422 de 2019.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de febrero de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2019-00045-00 (24878) (ver página 71 de este boletín).

## Normas suspendidas

### SECCIÓN PRIMERA

La Resolución 3100 de 2019, “Por la cual se definen los procedimientos y condiciones de inscripción de los prestadores de servicios de salud y de habilitación de los servicios de salud y se adopta el Manual de Inscripción de Prestadores y Habilitación de Servicios de Salud”, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social: La expresión “de especialista”, prevista en el numeral 1.2 del acápite “11.2.2 SERVICIO DE CONSULTA EXTERNA ESPECIALIZADA”, del anexo técnico denominado “manual de inscripción de prestadores y habilitación de servicios de salud”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 25 de febrero de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2020-00281-00. (ver página de este boletín).

## II. EXHORTOS

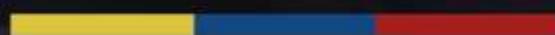
### SECCIÓN QUINTA

**La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección A, para que dé cumplimiento a lo ordenado por la Sección en sentencia de unificación del 26 de septiembre de 2017.**

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “Exhortar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A para que cumpla lo dispuesto en la sentencia de unificación del 26 de septiembre de 2017, radicado No. 25000-23-4100-000-2015-02491-0135, de esta Sección del Consejo de Estado y, en consecuencia, en los medios de control de nulidad electoral se pronuncie sobre todos los cargos planteados en la demanda y que hayan integrado el problema jurídico del proceso.”

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 17 de febrero de 2022, C. P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 25000-23-41-000-2020-00377-01.

1  
ASUNTOS  
CONSTITUCIONALES



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# ACCIONES DE TUTELA

## 1. Violación del derecho al debido proceso por la configuración del defecto fáctico en la providencia judicial al no tenerse en cuenta la prueba de la subordinación en un proceso de contrato realidad y la indebida aplicación del precedente judicial.

*Síntesis del caso:* La accionante laboró para el Hospital Tunjuelito, ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., desde el 4 de abril de 2007 hasta el 28 de febrero de 2018, vinculada a través de contratos de prestación de servicios, en el cargo de fisioterapeuta, el cual desarrolló de manera subordinada con las mismas funciones de un empleado de planta, cumpliendo horario, recibiendo órdenes de sus superiores y acatando directrices. El 15 de agosto de 2018, promovió demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Bogotá que, en sentencia de 26 de septiembre de 2019, accedió parcialmente a las pretensiones, por lo que declaró la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho, ordenó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales devengadas por un servidor público con similares funciones a las suyas, teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción. En segunda instancia, el Tribunal en sentencia de 28 de abril de 2021, revocó la providencia de primera instancia y, en su lugar, denegó las pretensiones al considerar que no se logró demostrar el elemento de la subordinación.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / VALORACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO / MANUAL DE FUNCIONES / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / INAPLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CUMPLIMIENTO DE LA SUBORDINACIÓN / ELEMENTOS DE LA SUBORDINACIÓN / CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

*Problema Jurídico:* ¿Determinar si el Tribunal incurrió en los defectos fáctico y desconocimiento del precedente, tal como lo consideró el a quo, o si, por el contrario, le asiste razón a los impugnantes al estimar que la providencia cuestionada no es violatoria de los derechos fundamentales de la actora?

*Tesis:* “Descendiendo al caso concreto, la Sala advierte que la actora plantea que la autoridad judicial accionada, al conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 2018-00324-01, incurrió en los defectos fáctico y desconocimiento del precedente, comoquiera que desconoció que existían suficientes medios de prueba para determinar que sí se encontró configurado el elemento de la subordinación, lo que conllevaba a declarar la existencia de un contrato realidad celebrado con la E.S.E. (...) De la lectura de la sentencia objeto de tutela, la Sala observa que la autoridad judicial accionada, al conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en segunda instancia, consideró que de las pruebas allegadas al proceso, no era dable inferir que se encontrara configurado el elemento de la

subordinación, por lo que no era posible declarar la existencia del contrato realidad. Para lo anterior, el Tribunal sostuvo que de los testimonios rendidos se desprendería que la actora acató el cumplimiento de una serie de órdenes e instrucciones en cuanto a tiempo y lugar mientras estuvo ejerciendo sus actividades en la E.S.E., no obstante, que de ellas no era posible concluir que el acatamiento de estas desconociera la autonomía profesional de la [actora]. Así las cosas, resaltó el Tribunal que el correcto desarrollo del objeto para el cual fue contratada no se podía entender como una relación de subordinación o dependencia, máxime cuando las actividades que desarrollaba la actora y que hacen parte de las funciones de la institución, deben cumplir parámetros de calidad de los diferentes órganos de control del sistema de salud. Sobre el particular, la actora alegó que la autoridad judicial accionada no analizó en debida forma la prueba testimonial rendida, elemento probatorio que resultaba claramente conducente para concluir la existencia del elemento de la subordinación; además, que valoró indebidamente el manual específico de funciones de la entidad, así como la copia de los contratos de servicio, pruebas suficientes para declarar el contrato realidad suscrito con la E.S.E. En efecto, para la Sala del material probatorio allegado al plenario era posible llegar a una conclusión distinta a la expuesta por el Tribunal accionado, toda vez que de haber analizado en debida forma las pruebas obrantes, posiblemente se podría inferir que se encontró configurado el elemento de la subordinación en la relación laboral pactada entre las partes mediante un contrato de prestación de servicios. Así pues, si bien en la providencia acusada se relacionaron los testimonios rendidos por las señoras [D.M.V.L.] y [V.B.R.] - los cuales a su vez resultaban consistentes con el interrogatorio de parte rendido por la [actora]-, el Tribunal omitió dar el mérito probatorio a los mismos, de los cuales se desprendería que: - La accionada debía cumplir un horario establecido de 07:00 a.m. a 05:00 p.m. de lunes a viernes y turnos de 06:00 a.m. a 01:00 p.m. o de 01:00 p.m. a 07:00 u 08:00 p.m., y los sábados cada 15 días de 06:00 a.m. a 08:00 p.m. - Debía acatar las directrices de atención impuestas por un superior en cuanto al mínimo de usuarios por hora. Para compensar los turnos u obtener la aprobación para ausentarse de la institución debía tener aprobación de sus superiores y reponer el tiempo del permiso y; - Durante el tiempo de su vinculación, la E.S.E. contaba con una fisioterapeuta en la planta de personal que ejercía sus mismas funciones. Sumado a lo anterior, se resalta que dentro de la providencia acusada se pasó por alto que los noventa (90) contratos suscritos entre la actora y la Institución por casi 11 años, correspondían a contratos sucesivos y con períodos de interrupción de máximo tres días y sin solución de continuidad, por lo que es dable advertir que no se realizó un análisis en conjunto del material probatorio aportado al expediente. En efecto, verificada la sentencia enjuiciada, la Sala observa que el Tribunal omitió analizar las copias de los contratos allegados como prueba dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como también pasó por alto el dicho de la señora [V.B.R.], quien afirmó que al momento de estar vinculada la actora a la E.S.E., se encontraba una fisioterapeuta de nombre "LADY" al interior de la planta de personal de la entidad, con idénticas funciones a las desarrolladas por la actora, sin que ello fuera objeto de pronunciamiento por parte de la autoridad judicial accionada. Se destaca que, aun cuando se aportó copia del manual de funciones del personal de la E.S.E. en el cargo de fisioterapeuta, por medio del cual era posible constatar que el cargo desempeñado por la actora existía en la planta de personal y era desempeñado por otra persona, el Tribunal pasó por alto dicha prueba y omitió pronunciarse al respecto. En este punto, conviene a la Sala resaltar que, en cuanto al elemento de la subordinación, la Sección Segunda de esta Corporación, mediante sentencia de unificación de 30 de octubre de 2020. (...) De la sentencia de unificación traída a colación, la cual a su vez sirvió de sustento de la decisión cuestionada, se advierte que la subordinación implica el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, de tal forma que el trabajador tiene la obligación de obedecerle al empleador, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, se le imponen reglamentos, así como todas las condiciones en la cual se prestará el servicio, sin que le asista ningún tipo de independencia, diferente al principio de coordinación, en el cual existe una concertación contractual, el contrato se cumple con dependencia y armonía con el objeto para el cual fue contratado. Con todo, la Sala observa que aun cuando la autoridad judicial accionada fundamentó la decisión objeto de reproche en la sentencia de unificación de 30 de octubre de 2020, no aplicó los criterios allí expuestos, comoquiera que de haberlo hecho, posiblemente la conclusión sería otra en cuanto al elemento de la subordinación. Lo anterior, toda vez que de las pruebas allegadas se desprende que la actora debía obedecer órdenes de sus superiores en cuanto al modo, tiempo y cantidad de usuarios que atendía por hora, se le impuso condiciones para la prestación del servicio, se le daban los instrumentos de trabajo y no le asistía ningún tipo de independencia en el ejercicio del mismo, desconociendo así los límites del principio de coordinación. La Sala resalta que el denominado contrato realidad, se configura cuando "se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos

en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales". Así las cosas, siguiendo la línea argumental, el Tribunal pasó por alto los testimonios rendidos en el proceso, las copias de los contratos suscritos y el manual de funciones de la planta de personal de la E.S.E., lo cual condujo al yerro de que se declarara no probada la subordinación en la relación laboral; sumado a lo anterior, omitió aplicar los criterios acogidos por la Sección Segunda de esta Corporación en la sentencia de unificación de 30 de octubre de 2020, referente al tema objeto de análisis. En este punto, es del caso destacar que esta Sala de decisión, en un asunto con similar situación fáctica y jurídica a la presente, amparó los derechos fundamentales de la actora al considerar que no se valoró en debida forma el material probatorio obrante en el expediente del cual era posible evidenciar que se configuró el elemento de la subordinación. (...) Así las cosas, para la Sala la decisión del Tribunal vulneró los derechos fundamentales invocados por la actora, comoquiera que dejó de analizar en conjunto el material probatorio allegado al plenario y, a su vez, no aplicó en debida forma la jurisprudencia dispuesta para el asunto, la cual, si bien fue descrita en la providencia acusada, no fue el fundamento de la decisión como correspondía. En ese orden de ideas, la autoridad judicial accionada incurrió en los defectos fáctico y desconocimiento del precedente endilgados, toda vez que realizó una indebida valoración probatoria e inaplicó los criterios expuestos por la jurisprudencia contenciosa para los casos en los cuales se pretenda discutir la configuración de un "contrato realidad". Consecuente con lo anterior, la Sala confirmará la decisión del a quo que amparó el derecho fundamental al debido proceso de la actora y, en consecuencia, dejó sin efectos la providencia de 28 de abril de 2021 proferida por el Tribunal dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con el número único de radicación 11001-33-35-015-2018-00324-01."

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 27 de enero de 2022, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación 11001-03-15-000-2021-05261-01(AC).*

### **Salvamento de voto del consejero Oswaldo Giraldo López**

**SALVAMENTO DE VOTO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL / AUSENCIA DE CARGA ARGUMENTATIVA DE LA DEMANDA / FALTA DE IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS QUE GENERAN LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS / DOCTRINA DEL NÚCLEO ESENCIAL / DERECHO A LA IGUALDAD / DERECHO AL TRABAJO / NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / ALCANCE DE LA NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA.**

**Problema Jurídico:** *¿Se acreditaron los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, particularmente, los requisitos de relevancia constitucional y de subsidiariedad?*

**Tesis:** "En el presente caso, el asunto carecía de relevancia constitucional porque la parte actora se limitó a invocar la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, sin explicar las razones por las que consideró que ello es así, ni se advertía prima facie la vulneración de dichas garantías. Al efecto, se tiene que uno de los eventos en los cuales puede resultar vulnerado el derecho a la igualdad es cuando las autoridades judiciales profieren decisiones sin tener en cuenta el precedente judicial o cuando se da un tratamiento equivalente a supuestos fácticos diferentes; sin embargo, en este caso, la parte actora no indicó los motivos por los que consideró que esta garantía fue afectada por la sentencia controvertida; es más, ni siquiera señaló que haya sido desconocido algún precedente. En relación con el derecho al trabajo (...) la accionante se limitó a solicitar el amparo de este derecho, pero omitió exponer las razones por las que la providencia controvertida vulneró el núcleo esencial de esta garantía. Además, se destaca que el a quo superó

el requisito de relevancia constitucional solo frente al derecho al debido proceso. En cuanto al debido proceso, se observa que la accionante, en el escrito de tutela, tampoco expuso los motivos por los que la providencia atacada vulneró este derecho (...) De modo que, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, para que el requisito de relevancia constitucional esté acreditado, no basta con que la parte actora invoque la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, sino que debe cumplir con la carga de explicar razonablemente los motivos por los que estima ello así, y como en este caso el accionante no la cumplió, la relevancia constitucional no estaba superada. Adicionalmente, no se advertía prima facie la vulneración del núcleo esencial del debido proceso constitucional, por las razones que pasan a explicarse (...). Una vez revisado el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, se pudo observar que no existía vulneración o amenaza del núcleo esencial del debido proceso, puesto que el medio de control incoado se tramitó ante las autoridades judiciales competentes; se adelantó conforme a las reglas previstas en la ley; no se pretermitió ninguna de las etapas procesales; las partes tuvieron la oportunidad de ejercer su defensa; se garantizó el derecho de contradicción y la publicidad de las actuaciones; por último, las providencias proferidas en el curso del proceso se fundamentaron en derecho. Conforme con lo explicado, el requisito de relevancia constitucional no estaba superado porque la parte actora no explicó las razones por las cuales la sentencia controvertida vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, ni se advertía prima facie los motivos por los que podrían resultar involucrados. Más aún, cabe mencionar que, si la accionante consideraba que la sentencia atacada vulneró su derecho fundamental al debido proceso, tenía a su alcance el recurso extraordinario de revisión; pues se trata del medio judicial idóneo para proteger tales garantías, teniendo en cuenta que la tutela es un mecanismo residual y que, si lo que se pretende es acreditar que una sentencia que no tiene apelación vulnera el debido proceso constitucional, ya la jurisprudencia de las corporaciones de cierre competentes han dicho que, en tales casos, lo que procede es que el interesado intente el recurso extraordinario de revisión, pues con él igualmente podría protegerse el debido proceso constitucional, cuando se alegue que fue vulnerado con dicha sentencia, debido a que, tratándose de sentencias de última instancia que, en concepto de la parte reclamante, violan el derecho al debido proceso, han dicho tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado que ellas son susceptibles del recurso extraordinario de revisión, por incurrir en la causal quinta del artículo 250 del CPACA, es decir, “existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso alguno (...)”. (...) En esas condiciones, quien alega que una sentencia de última instancia le ha violado el derecho fundamental al debido proceso, no puede intentar que el asunto le sea resuelto en sede de tutela, salvo que demuestre perjuicio irremediable; pues tiene para ello expedito el recurso extraordinario de revisión, precisamente porque se trata de la violación del debido proceso constitucional, y por lo tanto no cumple con el requisito general de la subsidiariedad, indispensable para acceder a la acción de amparo contra providencia judicial.”

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 27 de enero de 2022, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, S.V. Oswaldo Giraldo López, radicación 11001-03-15-000-2021-05261-01(AC).*

## **2. Se vulneran los derechos fundamentales de la persona que resultó vencedora en un proceso de reparación directa y a quien no se le ha pagado los valores reconocidos en la sentencia judicial.**

*Síntesis del caso: En el marco de un proceso ejecutivo cuya pretensión es el pago de los valores de una sentencia ejecutoriada, proferida dentro del proceso de reparación directa se configuró la mora judicial injustificada. El juez constitucional revocó la sentencia de primera instancia que había declarado la improcedencia de la tutela, y, en su lugar, amparó el derecho fundamental al debido proceso de la parte accionante a quien no se le ha pagado los valores reconocidos en la sentencia judicial.*

## ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIÓN JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA MORA JUDICIAL INJUSTIFICADA / PAGO DE SENTENCIA JUDICIAL / INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

*Problema Jurídico: ¿El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial, E.S.E. Hospital Juan Domínguez Romero de Soledad en Liquidación, Procuraduría Regional del Atlántico, Contraloría Territorial Atlántico y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público vulneraron los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, salud, mínimo vital, petición y acceso a la administración de justicia de las señora [M.H.], como consecuencia del no pago de la sentencia judicial de 9 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla, confirmada en fallo de 12 de junio de 2015, por el Tribunal Administrativo de Barranquilla?*

**Tesis:** “[P]ara esta Sala no es de recibo el argumento de primera instancia en el que señala que debe rechazarse por subsidiariedad la presente acción de tutela. Lo anterior por cuanto, justamente, se pretende que el medio judicial disponible que se encuentra suspendido, se le dé continuidad para la protección de los derechos ya garantizados en sendas providencias desde 2015. En ese orden de ideas, lo que realmente se está solicitando es que el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Barranquilla no mantenga la suspensión del proceso ejecutivo para que, por el contrario, se pronuncie sobre su continuidad o no. Solicitud que, de acuerdo con el recuento de los hechos realizado, es razonable. Además, el Juzgado, en caso de considerarlo necesario, deberá remitir el expediente ejecutivo para que sea incorporado al proceso de graduación y liquidación adelantado por la ESE Hospital Juan Domínguez Romero de Soledad en liquidación. Por lo expuesto, esta Sala de Subsección revocará el fallo de primera instancia que rechazó por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora [M.H.C.]. En su lugar, se (...) amparará el derecho fundamental al debido proceso de la parte accionante”

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 17 de febrero de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 08001-23-33-000-2021-00555-01 (AC).

### **3. No se vulnera el derecho fundamental a la participación política por la exigencia de acreditar el apoyo ciudadano a un comité promotor del voto en blanco, a través de un número determinado de firmas.**

*Síntesis del caso: El vocero del Comité Promotor del voto en blanco por el grupo significativo de ciudadanos “Colombianos contra la Corrupción en el Senado” ejerció un acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral, porque consideró ilegal la exigencia contenida en los formularios de inscripción electoral, consistente en que se acredite el apoyo ciudadano del comité a través de un número determinado de firmas. Esta Corporación concluyó que la exigencia cuenta con un soporte legal que ya fue analizado por la Sección Quinta de esta Corporación, autoridad judicial que lo encontró ajustado a derecho.*

## ACCIÓN DE TUTELA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA / EXIGENCIA LEGAL DE RECOLECCIÓN DE FIRMAS PARA COMITÉS PROMOTORES DEL VOTO EN BLANCO /

## LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INSCRIPCIÓN DE CAMPAÑA EN FAVOR DEL VOTO EN BLANCO / FIRMAS PARA INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA ELECTORAL / FORMATOS PARA LA RECOLECCIÓN DE FIRMAS

*Problema jurídico:* ¿Las autoridades accionadas vulneran o amenazan el derecho fundamental a la participación política al exigir a las campañas de promoción del voto en blanco, la acreditación de un número de apoyos ciudadanos a través de firmas independientes y válidas, equivalentes al 20% del resultado de dividir el número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos por proveer?

Tesis: “[L]a autoridad electoral fue clara al momento de establecer los requisitos que deben cumplir las campañas de promoción del voto en blanco, siendo uno de ellos acreditar el número de apoyos ciudadanos a través de firmas independientes y válidas equivalentes al 20% del resultado de dividir el número de ciudadanos aptos para votar entre el número de puestos por proveer en la elección en la que se promociona la opción. Es de mencionar, como quedó expuesto en antelación, que el artículo antes transcrito fue objeto de una demanda de nulidad, controversia que fue resuelta por la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 30 de octubre de 2014 en el proceso con radicación no. 11001-03-28-000-2014-00009-00. En esa providencia esta Corporación analizó un total de seis cargos formulados por un grupo de ciudadanos contra el artículo 2º de la Resolución no. 920 de 2011, entre ellos aquellos relacionados con la potestad reguladora del Consejo Nacional Electoral para concluir que esa exigencia normativa no configuró la violación a las normas superiores entonces invocadas por los demandantes. (...) Para esta Sala basta lo anteriormente expuesto para descartar la afirmación del demandante quien de manera reiterada alegó que no existe disposición normativa que consagre la obligación de los comités promotores del voto en blanco de acreditar un mínimo de apoyos ciudadanos para efectos de lograr su inscripción electoral, pues resulta claro que el artículo 2º de la Resolución de la Resolución 920 de 2011 estableció esa exigencia cuya legalidad además fue analizada por la Sección Quinta de esta Corporación quien la encontró ajustada a derecho. (...) Así entonces, las casillas de los formularios que debía diligenciar el Comité Promotor del Voto en Blanco por el grupo significativo de ciudadanos “Colombianos contra la Corrupción en el Senado. Voto en Blanco” ante la Registraduría Nacional del Estado Civil no constituyen un elemento trasgresor de su garantía fundamental a la participación política sino una exigencia legal que en caso de ser desconocida impide el acceso a la postulación democrática en las contiendas electorales. (...) Así entonces, las casillas de los formularios que debía diligenciar el Comité Promotor del Voto en Blanco por el grupo significativo de ciudadanos “Colombianos contra la Corrupción en el Senado. Voto en Blanco” ante la Registraduría Nacional del Estado Civil no constituyen un elemento trasgresor de su garantía fundamental a la participación política sino una exigencia legal que en caso de ser desconocida impide el acceso a la postulación democrática en las contiendas electorales.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia del 31 de enero de 2022; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-15-000-2021-01575-01 (AC).

### **4. Se vulneran los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso ante la dilación del despacho judicial por proponer el conflicto negativo de competencias dentro de una demanda de acción popular que no se ha admitido luego de transcurrir un año desde su interposición**

*Síntesis del caso:* El juez de tutela consideró vulnerados los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso de la parte actora en el trámite de la acción popular, por la cual se interpuso demanda y transcurrido un año no se ha resuelto sobre su admisión. En efecto, se determinó que el despacho del Tribunal Administrativo de Santander a quien le fue remitido el

*expediente no aplicó el trámite correspondiente, previsto en el artículo 139 del Código General del Proceso. Esto es, conflicto negativo de competencias para que sea dirimido por la Corte Constitucional. En este orden ideas, se concedió el amparo solicitado.*

## **ACCIÓN DE TUTELA / CONFLICTO DE COMPETENCIA / REMISIÓN DE EXPEDIENTE / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

*Problema Jurídico: Corresponde a la Sala decidir si se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, a la pronta justicia, y a la propiedad horizontal por parte del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bucaramanga y del Tribunal Administrativo de Santander, por cuanto han declarado su falta de competencia y han ordenado la remisión del expediente de un despacho a otro.*

**Tesis:** “La Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del Conjunto Residencial Bosque de Pinos Etapas 1 y 2, en tanto existe una dilación en invocar el conflicto negativo de competencias y en el envío del expediente a la Corte Constitucional, lo cual produjo que a la fecha no exista una decisión sobre la admisión o inadmisión de la acción popular. (...) [E]l Despacho del magistrado [M.R.Q.] del Tribunal Administrativo de Santander no dio cumplimiento al trámite establecido en el artículo 139 del Código General del Proceso, que establece que cuando el primer juez declare su incompetencia para conocer de un tema y lo remita al que estime competente, si el juez que recibe el expediente a su vez se declara incompetente, debe invocar el conflicto. (...) En consecuencia, se produjo una dilación en el proceso, ya que ha transcurrido más de 1 año desde que se radicó la demanda de acción popular y no se ha estudiado su admisibilidad. Aunque se comprende que la remisión virtual del expediente puede generar confusiones sobre quién realmente tiene el asunto en su Despacho, se considera que hubo fallas en el seguimiento a aquel. (...) En esa línea, en razón a que la parte actora ha tenido que esperar más de 1 año sin que la causa haya iniciado su curso natural, dada la dilación existente en la invocación del conflicto negativo de competencias, la Sala amparará los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso del Conjunto Residencial Bosque de Pinos Etapas 1 y 2. Por lo tanto, se le ordenará al Tribunal Administrativo de Santander que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, profiera auto en el que invoque el conflicto de competencias negativas y remita el expediente a la Corte Constitucional para que resuelva sobre el asunto, si es que insiste en no ser el competente para conocer de la acción elevada por el acá tutelante. En caso de que no tenga el expediente, deberá efectuar las diligencias pertinentes para cumplir con lo acá mandado”.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1564 DE 2012. ARTÍCULO 139

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 04 de febrero de 2022, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2021-10652-00(AC).*

## **5. Providencia judicial incurrió en defecto fáctico porque anuló la elección de un alcalde sin que de las pruebas se determinara la responsabilidad de éste en los actos de corrupción al elector.**

**Síntesis del caso:** El 27 de octubre de 2019 se llevaron a cabo las elecciones regionales en el país, con el fin de elegir los cargos de gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles para el periodo constitucional 2020-2023. Como resultado de las elecciones en el municipio de Roberto Payán, del departamento de Nariño, fue declarado electo como Alcalde Municipal al señor Juan Carlos Sinisterra Ángulo representante del partido «Coalición Pensemos Diferente». En desacuerdo con el resultado de las elecciones del 27 de noviembre de 2019 quien ocupó la segunda plaza de esa contienda electoral, presentó medio de control de nulidad electoral contra el acto administrativo de

*elección, con el fin de que se anulara y, en consecuencia, se procediera con su nombramiento en el cargo y se cancelara la credencial expedida en nombre de Juan Carlos Sinisterra Ángulo. El Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia del 27 de noviembre de 2020, declaró la nulidad del acto de elección, canceló la credencial que le fue expedida como Alcalde Municipal de Roberto Payán y ordenó repetir las elecciones en la Vereda Arteaga Limonar mesa 01, puesto 01, zona 99 del municipio de Roberto Payán, porque encontró estructurada la causal primera de nulidad del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, que alude a la violencia contra los electores, en el entendido de que la violencia encierra la conducta consistente en afectar la voluntad del elector a través de ofrecimientos y dádivas.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / NULIDAD ELECTORAL / NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL ALCALDE / CAUSALES DE LA NULIDAD ELECTORAL / CAUSALES SUBJETIVAS DE LA NULIDAD DE LAS ELECCIONES / VIOLENCIA SOBRE LOS ELECTORES / CORRUPCIÓN DEL ELECTOR / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DEL SECRETO AL VOTO / DERECHO A ELEGIR / CANDIDATO A ALCALDE / CONDUCTA / COMPRA DEL VOTO / FALTA DE PRUEBA / RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

*Problema Jurídico: ¿Se debe confirmar o modificar la sentencia de primera instancia dictada en la acción de tutela contra providencia judicial que amparó los derechos fundamentales del actor por la configuración del defecto fáctico y desconocimiento del precedente en la sentencia, que declaró la nulidad de la elección de un alcalde por violencia contra los electores, sin tener en cuenta que constituye una causal subjetiva de nulidad electoral para cuya prosperidad se debe demostrar que el candidato ejerció directa o indirectamente la actividad irregular o sabía de ella y con su anuencia se adelantó?*

**Tesis:** Las causales de nulidad del acto electoral son las generales, consagradas en el artículo 137 del CPACA y las específicas enumeradas en el artículo 275 *ejusdem*, dentro de la cual se encuentra la corrupción mediante la coacción a los votantes o el ofrecimiento y/o entrega de dádivas para que acudan a las urnas en un sentido determinado, la cual ha sido catalogada clásicamente por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado como una causal objetiva a la luz de lo establecido en el numeral 1 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011. Sin embargo, a partir de la tesis jurisprudencial transcrita en precedencia [sentencia del 16 de mayo de 2019-, expedida dentro del expediente con radicado número: 11001032800020180008400], en razón a que la corrupción de las prácticas electorales viola los artículos 40 y 258 Constitucionales, porque se afecta el voto libre y secreto y el derecho a elegir y ser elegido sin coacción alguna y desconoce principios democráticos fundantes, las prácticas corruptas y antidemocráticas de candidatos que busquen coartar por cualquier medio la libertad de los votantes, constituye un causal subjetiva de nulidad electoral para cuya prosperidad se debe demostrar que el candidato ejerció directa o indirectamente la actividad irregular o sabía de ella y con su anuencia se adelantó. (...) [E]n las consideraciones de la providencia, el Tribunal Administrativo de Nariño, estableció que el análisis de la causal invocada relacionada con las prácticas relacionadas con corrupción, sería estudiada, no desde la óptica de la causal objetiva de nulidad electoral, sino desde el punto de vista subjetivo, justamente en consideración a la antes referida sentencia del 16 de mayo de 2019 (...), a pesar de que el tribunal demandado fijó el litigio y lo dirigió a estudiar las causales 1 y 2 del artículo 275 del CPACA, en virtud de la aplicación de la referida sentencia del 16 de mayo de 2019, de la Sección Quinta del Consejo de Estado, determinó que lo concerniente a la causal por violencia contra los electores por entrega de dádivas, la analizaría desde el punto de vista subjetivo. En este punto, llama la atención la Sala, que la misma Sección Quinta del Consejo de Estado, en la tantas veces referida sentencia del 16 de mayo de 2019, precisó que para la prosperidad de causal subjetiva de nulidad electoral se debe demostrar que: “el candidato ejerció directa o indirectamente la actividad irregular o sabía de ella y con su anuencia se adelantó”. En ese contexto, resulta evidente que, del análisis que llevó a cabo el Tribunal Administrativo de Nariño, no se logró acreditar que la actividad endilgada –presunta compra de votos- haya sido conocida y ejercida con la anuencia del candidato [J.C.S.Á.]. Dicho de otro modo, en el marco del proceso electoral, el tribunal encontró acreditada la actividad que desempeñó en la jornada electoral el señor “Meme”, pero de modo alguno, el análisis probatorio desplegado logró acreditar, en los términos de la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que el candidato [J.C.S.Á.] sabía de la

conducta irregular desplegada por el señor "Meme" y/o que tal conducta la haya adelantado con su anuencia. Lo anterior, permite determinar que el tribunal incurrió en defecto fáctico porque el análisis de las pruebas no determinó la responsabilidad del candidato en los actos de corrupción y, a pesar de esto, declaró la nulidad del acto de elección. Por ende, resulta palmario, igualmente, que el Tribunal Administrativo de Nariño incurrió en indebida aplicación del precedente de la Sección Quinta del Consejo de Estado (sentencia del 16 de mayo de 2019), porque al resolver el caso concreto debió analizar de manera subjetiva la responsabilidad del candidato, es decir, verificar su participación o anuencia en los actos de corrupción."

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 10 de febrero de 2022, C.P. Milton Chaves García, radicación 11001-03-15-000-2021-00228-01(AC).

## **6. Se desconoció el precedente fijado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, sobre la improcedencia de la acción de cumplimiento para impugnar legalidad de los actos administrativos que autoricen o permitan la instalación de placas conmemorativas.**

*Síntesis del caso: El municipio de Los Andes, Nariño, ejerció una acción de tutela con el fin de que se deje sin efectos la providencia del 27 de julio de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño - Sala Segunda de Decisión, a través de la cual se declaró que el referido municipio incumplió artículo 5° del Decreto 1678 de 1958, modificado por el Decreto 2759 de 19974, por instalar un letrero en el parque principal de ese ente territorial, que contenía la frase: "¡Sembrando progreso para todos! Yonny Delgado, Alcalde de los Andes 2020-2023. Vive el Cambio".*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO VERBAL / OBRA PÚBLICA / INSTALACIÓN DE UNA PLACA CONMEMORATIVA**

*Problema jurídico: ¿La decisión judicial acusada, dictada en el marco de la acción de cumplimiento promovida contra el municipio de Los Andes, incurrió en defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial contenido en la providencia proferida dentro del proceso con número de radicado 2020-00638- 01, al declarar que el municipio incumplió el artículo 5° del Decreto 1678 de 1958, modificado por el Decreto 2759 de 1997, por instalar una placa conmemorativa en el parque principal de ese ente territorial?*

**Tesis:** "El Municipio de Los Andes (...) insistió en que el Tribunal Administrativo de Nariño - Sala Segunda de Decisión, incurrió en un desconocimiento del precedente al proferir la providencia a través de la cual revocó el fallo de primer grado que declaró improcedente la acción de cumplimiento instaurada en su contra por el señor [H.A.G.A.], para, en su lugar, declarar que el Municipio de Los Andes incumplió artículo 5° del Decreto 1678 de 1958, modificado por el Decreto 2759 de 1997, por instalar un letrero en el parque principal de ese municipio, que contenía la siguiente frase: "¡Sembrando progreso para todos! Yonny Delgado Alcalde de los Andes 2020-2023. Vive el Cambio". Como único sustento del aludido defecto señaló el desconocimiento de la sentencia del 29 de abril de 2021, radicado 08001-23-33-000-2020-00638-01, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual, (...) declaró improcedente la acción de cumplimiento porque la parte demandante disponía del mecanismo de nulidad y restablecimiento del derecho, providencia que además fue el sustento del juez de primer grado para tomar su decisión. (...) [E]sta Sección observa que dentro del trámite de la acción de cumplimiento,

ambas autoridades judiciales hicieron referencia a la sentencia del Consejo de Estado de 29 de abril de 2021, sin embargo, llegaron a dos conclusiones disímiles. (...) ciertamente, el asunto que allí se trató por el Consejo de Estado tiene supuestos fácticos diferentes, no obstante, anticipa la Sala que la regla invocada sí era predicable al asunto. (...) [S]e tiene que en cuanto a la ratio decidendi sí se trata de casos similares, pues la actuación adelantada por la administración para autorizar la instalación de un letrero o una placa goza de una presunción de legalidad que no puede ser desvirtuada por el juez de la acción de cumplimiento por cuanto el ordenamiento jurídico prevé un juez natural y otros medios de control diferentes, regla que debía ser atendida para solucionar el conflicto jurídico. Ahora bien, no puede obviarse que la causal de improcedencia de la acción de cumplimiento, opera siempre y cuando no estemos ante el escenario de un perjuicio irremediable, sin embargo, el mismo tiene que ser aducido y demostrado por la parte actora desde la propia demanda, el cual no se alegó ni se observó su ocurrencia en el asunto. (...) [E]sta Sala de Decisión observa la necesidad de amparar el derecho fundamental del debido proceso del Municipio de Los Andes, por encontrar que la decisión del 27 de julio de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño desconoció el precedente fijado por esta Sección del Consejo de Estado, respecto de la improcedencia de la acción de cumplimiento en asuntos en los que se debata la legalidad de una actuación o acto administrativo, que autorice y permita la instalación de este tipo de distintivos, y que antecede a la materialización (instalación), independiente de si provienen de una solicitud de parte o con ocasión de la voluntad de la misma administración.”

### **Salvamento de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio**

#### **SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / FALTA DE PRUEBA DEL ACTO ADMINISTRATIVO VERBAL**

**Tesis:** “[M]e permito salvar el voto en el proceso de la referencia por las siguientes razones: (...) En este proceso, la mayoría decidió revocar el fallo impugnado y en su lugar amparar el derecho fundamental al debido proceso de la parte actora (...) La decisión está sustentada en el desconocimiento del precedente adoptado por la mayoría de la Sala en la sentencia de abril 29 de 2021 dictada en la acción de cumplimiento radicada 08001-23-33-000-2020-00638-01, en el caso de la placa conmemorativa instalada en el Túnel de La Línea, (...) La decisión de la mayoría está basada en la afirmación hecha por el Juzgado Tercero Administrativo de Pasto según la cual la instalación del letrero fue mediada por un acto administrativo verbal, sin ningún análisis sobre su posible naturaleza jurídica, en qué pudo consistir, cuándo tuvo lugar, la forma en que fue producido, ni los alcances de la eventual manifestación del mandatario local frente a la solicitud de terceros. Esta circunstancia hace que el debate sobre el incumplimiento del artículo 5° del Decreto 1678 de 1958, modificado por el Decreto 2759 de 1997, no pueda ser trasladado al juez administrativo a través de las acciones ordinarias, como lo indicó la mayoría. Ante la falta de certeza sobre la existencia del acto administrativo verbal, no es posible que el demandante de la acción de cumplimiento pueda acudir al medio de control de nulidad y menos al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues la pretensión de cumplimiento de la norma que prohíbe la colocación de las placas, destinadas a recordar la participación de funcionarios en ejercicio, no involucra un derecho subjetivo que pueda reclamar sino el interés de la comunidad en la eficacia del ordenamiento jurídico. Entonces no es viable concluir que la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño desconoció el criterio expuesto en el fallo de abril 29 de 2021, ni que el actor cuente con otro mecanismo de defensa judicial para hacer efectiva la norma, por cuanto no hay prueba del acto administrativo verbal que haya dispuesto la ubicación del elemento distintivo. (...) Así, considero que lo procedente en este caso era confirmar la decisión impugnada que negó la acción de tutela porque es claro que el análisis hecho por el Tribunal Administrativo de Nariño, que accedió a las pretensiones de la acción de cumplimiento, estaba adecuado a la realidad procesal que le permitió superar el requisito adjetivo de la subsidiariedad de la acción por la falta de prueba sobre la existencia de acto administrativo que haya aprobado la ubicación del aviso.”

**Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 17 de febrero de 2022; C.P.: Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2021-05824-01 (AC) SV. Carlos Enrique Moreno Rubio.**

## **7. El auto que ordena el llamamiento en garantía a la entidad aseguradora debe notificarse personalmente dentro del término legal, de lo contrario se torna ineficaz y su vinculación dentro del proceso vulnera el derecho fundamental al debido proceso**

*Síntesis del caso:* En esta oportunidad, la Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que, con la actuación desplegada por el juez ordinario dentro del proceso de reparación directa se configuraron los defectos: sustantivo y violación directa de la Constitución. A juicio del juez constitucional, el hecho de no notificar personalmente el auto que admite el llamamiento en garantía dentro del término previsto tiene como consecuencia su ineficacia. En este orden de ideas, la vinculación del llamado en garantía sin ajustarse al ordenamiento jurídico vulnera el derecho fundamental al debido proceso de la entidad accionante.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LA ASEGURADORA / VENCIMIENTO DEL TÉRMINO JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

*Problema Jurídico 1:* [La Sala deberá establecer si la autoridad judicial accionada incurrió en los defectos sustantivo y violación directa de la Constitución, al resolver de manera negativa la solicitud de declarar la ineficacia del llamamiento en garantía admitido en contra de la parte tutelante, dentro del proceso de reparación directa con radicado No. 2001-33-30-001-2019-00137-00].

*Tesis 1:* “[A juicio de la Sala,] le asiste razón a la parte demandante cuando cuestiona la interpretación que sobre el punto adoptó el juzgado demandado, puesto que la norma en manera alguna da lugar a concluir que la ineficacia del llamamiento en garantía no aplica cuando es el despacho judicial el que debía adoptar los actos necesarios para notificarlo, o cuando este, contando con la oportunidad procesal para hacerlo, deje de ejecutar sus funciones, sin que tal omisión encuentre fundamento en un acuerdo o disposición legal que lo exima de cumplir los términos procesales, ya que los presupuestos para declarar la ineficacia están claramente descritos en el artículo 66 del CGP. Tal postura va en detrimento del derecho consagrado en favor del llamado en garantía, de acuerdo con el cual, y por virtud de la seguridad jurídica, no estará obligado a comparecer al proceso cuando la notificación personal que debía recibir es inoportuna. En este orden de ideas, esta Colegiatura advierte que también se encuentra acreditada la configuración del defecto de violación directa de la Constitución, comoquiera que la omisión en la aplicación de la [normativa] en mención, vulnera los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y seguridad jurídica, porque se desatiende los parámetros estipulados en la Ley, lo cual incide en los medios de defensa con los que cuenta la llamada en garantía para, válidamente, excluirse del contradictorio. Sobre la base de estas consideraciones, la Sala concluye que la autoridad judicial demandada debió analizar la procedencia de la aplicación de la ineficacia del llamamiento en garantía, por cuanto tal consecuencia se deriva de la falta de notificación personal dentro del lapso previsto legalmente para el efecto, independientemente de quién tuviera esta actuación a su cargo. (...) En atención a que en el presente asunto se demostró la configuración de los defectos sustantivo y violación directa de la Constitución analizados de manera conjunta, la Sala dispondrá el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la sociedad accionante”.

**ACCIÓN DE TUTELA / DESVINCULACIÓN DEL PROCESO / INEXISTENCIA DE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**

*Problema Jurídico 2: [¿Es procedente acceder a la solicitud de desvinculación propuesta por la sociedad anónima ALLIANZ Seguros, tras indicar que carece de legitimación en la causa por pasiva, al no ser la entidad vulneradora de los derechos fundamentales deprecados por la parte actora?]*

Tesis 2: “[La sociedad anónima ALLIANZ Seguros solicitó su desvinculación de la presente acción, y debido que el a quo constitucional no se pronunció al respecto, está la Sala negará tal petición, comoquiera que dicha empresa fue llamada a este trámite constitucional en calidad de tercero con interés, al integrar la parte pasiva en el proceso ordinario del cual se originó las decisiones que hoy se controvierten en sede de tutela”.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Sentencia del 24 de febrero de 2022, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 20001-23-33-000-2021-00392-01(AC).

## **8. No se desconoce el derecho fundamental al debido proceso ni el principio de seguridad jurídica por los cambios jurisprudenciales que dan aplicación a subreglas de decisión consignadas en fallo de unificación proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado**

*Síntesis del caso: Ecopetrol consideró vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso a la defensa y los principios constitucionales de situaciones jurídicas consolidadas y seguridad jurídica por la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en relación con la contribución especial de contrato de obra pública aplicable para los contratos de explotación minera. Sin embargo, el juez constitucional de segunda instancia, que revocó la sentencia de primer grado que declaró la improcedencia del amparo, consideró que no se configura un desconocimiento del precedente, ni los defectos fáctico y sustantivo por el cambio jurisprudencial. A su juicio, la sentencia objeto de tutela únicamente aplicó las subreglas de decisión fijadas en una sentencia de unificación dictada con anterioridad. Por lo tanto, se trata de la aplicación de jurisprudencia que ya ha sido anunciada.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATO DE EXPLOTACIÓN MINERA / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / APLICACIÓN DE LA NORMA / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL**

*Problema Jurídico 1: ¿La Sección Cuarta del Consejo de Estado vulneró los derechos invocados, por presuntamente incurrir en los defectos de desconocimiento del precedente, fáctico y sustantivo, al proferir la sentencia del 13 mayo de 2021, mediante la cual se revocó la emanada de la Subsección B, Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que había accedido parcialmente a lo pretendido por Ecopetrol, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra la DIAN?*

Tesis 1: “[La Sala observa] que la sentencia censurada en el presente caso, esto es la dictada el 13 de mayo de 2021 por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, no contiene un cambio jurisprudencial arbitrario o injustificado, pues las reglas de decisión quedaron consignadas en el fallo dictado por la Sala Plena de esta Corporación el 25 de febrero de 2020, que no ha sido infirmado ni retirado del ordenamiento jurídico y en el mismo se realizó el juicio de transparencia y de suficiencia argumentativa que permitió modificar la línea jurisprudencial que se

encontraba vigente hasta ese momento. En consecuencia, al no haberse efectuado un cambio de posición jurisprudencial en la decisión censurada sino en una sentencia de unificación previa, dictada con fundamento en las potestades conferidas por el artículo 271 al Consejo de Estado como corporación de cierre en materia contencioso-administrativa, es claro que el cargo no está llamado a prosperar, pues no se desconocieron los criterios establecidos por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-406 de 2016. (...) Cabe destacar que las providencias señaladas como desconocidas por la demandante hacen parte de la línea jurisprudencial anterior a la sentencia de unificación de la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, la que fue expresamente recogida cumpliendo para ello con las cargas de transparencia y suficiencia exigidas frente a la fijación de nuevas reglas de unificación. Al haber sido precisada y unificada la posición jurisprudencial sobre la materia, por el máximo órgano del Consejo de Estado, esta postura (modificada) no podía ser utilizada en la sentencia que se dictó más de un año después de haberse proferido, esto es, con fundamento en la jurisprudencia vigente. (...) [En relación al defecto fáctico,] [c]ontrario a lo aseverado por Ecopetrol, en la parte motiva de la decisión se valoraron los contratos sobre los cuales se realizó el requerimiento por parte de la DIAN. Del examen realizado, la autoridad accionada concluyó que los pactos se celebraron para la ejecución de un conjunto de obras materiales sobre bienes inmuebles y que tenían como propósito la realización de actividades de construcción, reparación y mantenimiento sobre unos bienes inmuebles, corresponden a contratos de obra y no de explotación y explotación de hidrocarburos y, adicionalmente, la entidad contratante es de derecho público del tipo de sociedad de economía mixta. En consecuencia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado no se apartó de la regla establecida en la sentencia de unificación, por lo que el cargo tampoco está llamado a prosperar. (...) [L]a Sala no encuentra configurado ni demostrado el defecto sustantivo alegado en relación con la inaplicación del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y reitera la conclusión a la que ha arribado en casos que tienen similitud fáctica y jurídica con el que ahora resuelve, en los que Ecopetrol, presentó la misma alegación. (...) [Asimismo,] de acuerdo con los criterios establecidos por la autoridad accionada, los artículos 717 y 817 del Estatuto Tributario no son aplicables a la contribución de obra pública. En efecto, para la Sección de cierre en materia tributaria el artículo 717 no puede ser extensivo al caso porque esa disposición regula la caducidad de la liquidación de aforo de las personas obligadas a declarar, obligación no prevista para la contribución de obra pública. Asimismo, el artículo 817 regula el término de caducidad de la acción de cobro de declaraciones presentadas. Comoquiera que la contribución de obra pública no fue declarada, ni liquidada, no podría la Administración ejercer la acción de cobro. Ante la ausencia de disposición normativa específica respecto de la competencia de la administración tributaria para la determinación oficial de la contribución de obra pública, para la Sección Cuarta debe acudir al término general fijado en el artículo 2536 del Código Civil, el cual es de 10 años”.

## **ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA DE LA DIAN / RECTIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema Jurídico 2:** *[La Sala deberá establecer si es procedente rectificar la postura jurisprudencial en relación con la interpretación normativa relacionada con la caducidad de la potestad sancionatoria de la DIAN, en la medida en que, en casos anteriores, se venía aplicando el término señalado en los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, aún cuando existen disposiciones especiales contempladas en los artículos 717 y 817 del Estatuto Tributario sobre el cómputo de dicha facultad].*

**Tesis 2:** [Sobre este punto especial,] aunque la mayoría de la Sala no comparta la interpretación realizada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado respecto de la integración normativa entre el Estatuto Tributario y el Código Civil, la misma no es irracional, desproporcionada, arbitraria o caprichosa. Por lo tanto, no se configura el defecto material o sustantivo. Al respecto es importante resaltar que la autoridad accionada –como intérprete de cierre en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las normas de carácter tributario– llegó a la conclusión de que, en el caso de la contribución de obra pública, los artículos 717 y 817 del Estatuto Tributario no son aplicables. Los argumentos de esa Sección se pueden sintetizar de la siguiente manera: i) El artículo 717 no es aplicable porque los supuestos de hecho fijados en esa disposición son para casos en los que la Administración puede expedir liquidaciones oficiales (de revisión o de aforo), cuando existe el deber de declarar. El deber de declarar es un presupuesto necesario de la disposición. En consecuencia, comoquiera que para el caso de la contribución especial de obra pública no existe el mencionado deber, la norma no es aplicable. ii) El requisito sine qua non del artículo 817 implica que la declaración haya sido presentada. Supuesto que no se

puede aplicar al caso que estudió la Sala porque la contribución especial de obra pública en los contratos estudiados no fue declarada ni mucho menos liquidada. (...) En definitiva, para la Sección Cuarta de esta Corporación, el artículo 717 del Estatuto Tributario no es aplicable porque no se cumple con un requisito sine qua non establecido en dicha disposición. Este requisito consiste en que exista el deber de declarar el tributo. Comoquiera que el ordenamiento jurídico no establece la obligación de declaración para la contribución especial de obra pública, no se puede aplicar esta norma al caso concreto. Por su parte, se reitera, hasta el momento para esta Sala de decisión el artículo 717 sí es aplicable al caso concreto, pues Ecopetrol S.A. debe ser considerado agente retenedor de la contribución de obra pública. Teniendo en cuenta el escenario expuesto, la Sala advierte que existen dos interpretaciones razonables del alcance del artículo 717 del Estatuto Tributario, la sostenida por esta Sala de Decisión y la que defiende la Sección Cuarta de esta Corporación. Así las cosas, es necesario que la Sala rectifique su postura porque la interpretación realizada en los fallos censurados no es abiertamente irracional, desproporcionada, arbitraria o caprichosa. Esta interpretación parte de un criterio que hasta el momento no había sido analizado por esta Sala de Decisión. Dicho criterio es que es necesario que el ordenamiento imponga el deber de declarar para poder aplicar el término de caducidad establecido en el artículo 717 del Estatuto Tributario. Comoquiera que para la Sección Cuarta no existe el deber declarar respecto de la contribución de obra pública, el artículo 717 no se puede aplicar para los casos objeto de debate en el proceso ordinario contra el cual se interpuso la presente acción de tutela. Así las cosas, la Sala considera necesario rectificar su postura de acceder al amparo solicitado por Ecopetrol S.A. en los casos que se ha discutido la interpretación del artículo 717 del Estatuto Tributario. En efecto, esta Sección en su papel de juez de tutela debe ser especialmente cuidadosa de las interpretaciones que realicen las otras secciones de esta Corporación, en su papel de intérpretes de cierre en sus respectivas materias. En este sentido, el juez de tutela no está llamado a establecer la verdadera interpretación de las normas de contenido legal, pues desbordaría su competencia e interferiría en la órbita del juez natural. En consecuencia, el juez de tutela únicamente puede establecer que se configura un defecto material o sustantivo cuando la interpretación de la norma realizada por los jueces ordinarios es abiertamente irracional, desproporcionada, arbitraria o caprichosa. (...) Comoquiera que en el presente caso la interpretación realizada por la Sección Cuarta no fue irracional, desproporcionada ni caprichosa; la Sala debe rectificar su postura y negar el amparo solicitado. Lo anterior porque no se configura el defecto invocado.

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, . Sentencia del 17 de febrero de 2021, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 11001-03-15-000-2021-07321-01(A)*

# ACCIONES POPULARES

## 1. Dentro de las órdenes para la prevención de desastres técnicamente previsibles se establece la modificación del plan de ordenamiento territorial para que se delimite en éste las zonas de riesgo y se restrinja la construcción de nuevas viviendas.

*Síntesis del caso:* El actor indicó que, sobre la margen derecha de la quebrada Agua Azul del Municipio, existe un grupo de viviendas de la urbanización Quintas del Bosque que presentan inestabilidad del terreno, por lo que sus habitantes han solicitado en varias ocasiones a la CARDER y a la Oficina de Atención y Prevención de Desastres del Municipio que den solución a su problemática. Adujo que el 7 de mayo de 2012, con ocasión del requerimiento de la Junta de Acción Comunal de la urbanización Quintas del Bosque, la Dirección Operativa de Control Físico efectuó una inspección en la que constató el deslizamiento constante que ha venido sufriendo la zona de protección de la quebrada.

**ACCIÓN POPULAR / RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / DERECHO A LA PRESERVACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA RESTAURACIÓN DEL MEDIO AMBIENTE / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA PREVENCIÓN DE DESASTRES TÉCNICAMENTE PREVISIBLES / CUENCA HIDROGRÁFICA / RÍO / RIBERA DEL RÍO / EXPLOTACIÓN DE LA ARENA / EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE YACIMIENTO MINERO / PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES / ZONA DE RIESGO / ASENTAMIENTO HUMANO EN ZONA DE ALTO RIESGO / ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA / MODIFICACIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL**

*Problema Jurídico 1:* ¿Se vulneraron los derechos colectivos de la comunidad del barrio Quintas del Bosque del municipio de Dosquebradas - Risaralda?

Tesis 1: “[L]a Sala advierte que el MUNICIPIO debe velar por la protección del medio ambiente y efectuar una adecuada gestión del riesgo, máxime si la normativa en comento le impone la obligación de delimitar y tratar las zonas expuestas a amenaza derivada de fenómenos naturales, socio naturales o antropogénicas no intencionales, así como asumir todas aquellas acciones necesarias para reubicar asentamientos en riesgo y asegurar que esas zonas no sean ocupadas nuevamente. (...) [L]a Sala encuentra que si bien existe prueba en el plenario de que el MUNICIPIO ha adelantado gestiones y acciones para que los areneros que realizan actividades ilegales en el territorio modifiquen su actividad, lo cierto es que para la fecha de expedición de esta providencia, todavía se extrae material de la quebrada Agua Azul sin ningún tipo de control, lo que evidencia que las gestiones adelantadas por parte del ente territorial en conjunto con otras entidades e instituciones, no han surtido el efecto esperado. En conclusión, no existe prueba que el MUNICIPIO haya desarrollado las gestiones pertinentes y necesarias para mitigar el riesgo del talud de la margen derecha de la quebrada Agua Azul, ni tampoco que se hubiese evitado oportunamente la expansión de las viviendas pese al peligro que representa su edificación en la zona, así como acciones tendientes a proteger el recurso natural y el ecosistema de lugar, el cual está en riesgo por la presencia de areneros ilegales que han causado degradación del lecho y desvío del cauce, circunstancia

que permite concluir que el ente territorial ha incumplido con los deberes a su cargo y en esa medida, ha contribuido en la vulneración de los derechos colectivos de la comunidad.”

**ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / APELANTE ÚNICO / CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA / FUNCIONES DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / COMPETENCIA DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE / PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE**

*Problema Jurídico 2: ¿La CARDER es responsable de la vulneración de los derechos colectivos?*

**Tesis 2:** “[L]as corporaciones autónomas regionales están en la facultad de imponer y ejecutar a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la ley a otras autoridades, las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley, en caso de violación a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales renovables y exigir, con sujeción a las regulaciones pertinentes, la reparación de daños causados. Conforme lo anterior, es claro que la CARDER está en la obligación de apoyar al MUNICIPIO en la elaboración de los estudios necesarios para el conocimiento y reducción del riesgo, motivo por el que no le asiste razón cuando afirma en el recurso de apelación que no está en el deber de ejecutar ninguna acción en el presente caso, pues como se explicó en precedencia, esta es una función que le fue asignada no sólo en la Ley 1523 sino en la Ley 99. De lo anterior, la Sala concluye que los argumentos expuestos en el recurso de alzada no están llamados a prosperar y que si bien la Corporación ha llevado a cabo algunas actuaciones que han puesto de presente el riesgo y las medidas que se deben adoptar en la quebrada Agua Azul a la altura del barrio Quintas del Bosque, lo cierto es que las mismas han sido insuficientes frente a la evidente y reiterada vulneración de los derechos colectivos de la comunidad, conforme se encuentra demostrado en el presente proceso. Asimismo, tampoco prospera el argumento según el cual no es de su competencia ejecutar obras civiles o construcciones, lo cual, por demás no fue ordenado por el Tribunal.”

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 10 de diciembre de 2021, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación 66001-23-33-000-2013-00290-02(AP).*

## **2. Se concluyó que cesó la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, a causa de la instalación de las bandas alertadoras en el kilómetro 7 de la vía Aeropuerto El Edén - Club Campestre -Armenia.**

**Síntesis del caso:** *Un ciudadano ejerció la acción popular contra el INVIAS, la Secretaría de Tránsito y Transporte del municipio de Armenia y el consorcio ALIANZA YDN – EL EDÉN, tendiente a que se protegieran los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, que estimó vulnerados por la instalación de “bandas alertadoras resaltadas” en un sector de la doble calzada que comunica a los municipios de Armenia y la Tebaida, ya que las referidas bandas no cumplían con su función, dado que los vehículos que*

*pasaban por el sector, en especial los de carga pesada, no reducían su velocidad, situación que además generaba un fuerte efecto sonoro y vibratorio por el paso vehicular.*

**ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / REDUCTOR DE VELOCIDAD / CONTROL A EMISIÓN DE RUIDOS / DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO / DERECHO A LA PREVENCIÓN DE DESASTRES TÉCNICAMENTE PREVISIBLES / HECHO SUPERADO EN LA ACCIÓN POPULAR**

*Problema jurídico: ¿Se sigue presentando la vulneración de los derechos colectivos a causa de la instalación de las bandas alertadoras en el PR 44+080 y PR 44+100 de la vía Aeropuerto El Edén - Club Campestre - Armenia, por parte del consorcio ALIANZA YDN – EL EDÉN, en virtud del contrato de obra suscrito con el INVIAS?*

**Tesis:** “Con respecto a la vulneración de los derechos colectivos invocados, la Sala considera que la posición adoptada al respecto por parte del Tribunal de primera instancia resulta acertada, pues (...) es dable concluir que las bandas alertadoras fueron instaladas en los puntos PR 44+800 y PR 44+100 de la doble calzada del Aeropuerto El Edén – Club Campestre – Armenia, y que las mismas estaban produciendo intranquilidad y problemas de salud en la comunidad aledaña al sector (...) si bien la instalación de reductores de velocidad en el sector objeto de la acción era necesaria, pues la presencia de la Universidad La Gran Colombia y las viviendas aledañas así lo indicaban, lo cierto es que el Consorcio y el INVIAS tenían la carga de determinar cuál de las opciones disponibles era la más acorde para no afectar a la comunidad del sector, lo que no se hizo, ya que, como se indicó en precedencia, las bandas alertadoras no eran las más adecuadas para la zona, conforme se colige del Manual de Seguridad Vial, el cual es claro en establecer que la medida escogida no era la indicada debido a sus implicaciones en materia de ruido y vibraciones, lo que redundó en la vulneración a los derechos colectivos. (...) [L]a Sala colige que las bandas alertadoras resaltadas instaladas en el PR 44+800 y PR 44+100 de la doble calzada Aeropuerto El Edén - Club Campestre – Armenia, fueron retiradas de la vía y, en su lugar, se instaló un resalto parabólico, con lo cual se superó la vulneración de los derechos colectivos amparados por el Tribunal (...) la Sala encuentra que sí existió la vulneración de los derechos colectivos alegados por el actor, empero se presenta una carencia actual de objeto por hecho superado.”

*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia del 27 de enero de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 6300 1-2333-000-2019-00254-01 (AP).*

2

**SALA PLENA  
DEL CONTENCIOSO**



**BOLETÍN**  
**DEL CONSEJO DE ESTADO**  

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

# SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

## 1. El Consejo de Estado a través del mecanismo de revisión eventual de acciones populares unifica su jurisprudencia sobre el concepto de derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

*Síntesis del caso:* En ejercicio del medio de control de acción popular, el señor Germán Eduardo Triana López, instauró demanda con el fin de obtener el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, los cuales estimó vulnerados con ocasión de la suscripción de los otrosíes Nos. 2 y 3, por medio de los cuales se introdujeron cambios al contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003, suscritos por los representantes legales de ENERTOLIMA S.A E.S.P y ELECTROLIMA S.A E.S.P en Liquidación sobre el sistema de distribución de propiedad de la última empresa.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PATRIMONIO PÚBLICO / ALCANCE DEL PATRIMONIO PÚBLICO / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO AL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / PROTECCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

*Problema jurídico 1:* ¿Es necesaria la unificación del concepto sobre lo que debe entenderse como derecho colectivo a la defensa del patrimonio público?

Tesis: “[E]s posible establecer que la noción tradicional del patrimonio público se ha acrecentado con nuevos componentes que tienen que ver con bienes, expresiones o valores que son integrados a la vida jurídica dada su importancia sociopolítica o económica y por su contenido e implicación universal. En este orden, la Sala Especial considera necesario definir lo que se entiende por patrimonio público incorporando a su concepto tradicional esos nuevos valores tangibles e intangibles. En criterio de la Sala Especial de decisión, el patrimonio público es el conjunto de los bienes y recursos, cualquiera que sea su naturaleza, que son propiedad del Estado y que le sirven para el cumplimiento de sus cometidos, conforme a la legislación positiva. En ellos se incluyen, además del territorio, los bienes de uso público y los fiscales, los inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de apreciación pecuniaria cuyo titular es toda la población, los valores tangibles e intangibles o no fácilmente identificables, tales como el patrimonio cultural de la Nación, el patrimonio arqueológico, los bienes que conforman la identidad nacional y el medio ambiente. (...) [L]a Sala Especial deduce que la protección del Patrimonio Público propende porque «los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales». Así las cosas, la regulación legal de la defensa del Patrimonio, tiene una finalidad garantista, «la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia, toda la actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la Acción Popular». Para el Consejo de Estado, «el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa [...]». De conformidad con los criterios jurisprudenciales expuestos, que se prohíjan en esta providencia y precisado el concepto de lo que se de entender por patrimonio público, la Sala especial concluye que la garantía colectiva a su defensa propugna por la protección del patrimonio estatal, en orden a resguardar la totalidad de bienes, derechos y obligaciones públicas y procura porque su administración sea eficiente, proba y transparente, de acuerdo a la legislación vigente y con el cuidado y diligencia propios de un buen servidor, de modo que se evite

cualquier detrimento. (...)”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tratamiento jurisprudencial sobre el concepto del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia 31 de mayo de 2002, M.P. Ligia López Díaz, Rad. 25000-23-24-000-1999-9001-01 (AP 300); Sección Tercera, sentencia 15 de agosto de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP); Sección Tercera, Sentencia del 21 de febrero de 2007. Exp. AP 2004-00413 M.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2008, Exp. 01423-01.M.P. Ramiro Saavedra Becerra; Sección Primera, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, Rad. 05001-23-31-000-2006-04776-01(AP).

## **ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / MORALIDAD ADMINISTRATIVA / PRESUPUESTOS DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / DERECHO AL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO**

**Problema jurídico 2:** *¿Las empresas demandadas trasgredieron las garantías colectivas a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público con ocasión de la suscripción de los otrosíes Nos. 2 y 3, por medio de los cuales se introdujeron cambios al contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003, suscritos por los representantes legales de ENERTOLIMA S.A E.S.P y ELECTROLIMA S.A E.S.P en Liquidación sobre el sistema de distribución de propiedad de la última empresa?*

**Tesis:** “[A]nalizada la actuación contractual sometida a consideración, esto es la suscripción del contrato de arrendamiento de 13 de agosto de 2003 y sus Otrosíes Nos. 1, 2 y 3 sobre la infraestructura eléctrica de distribución y transmisión de propiedad de ELECTROLIMA, la Sala no evidencia la vulneración de las garantías colectivas a la moralidad administrativa o el patrimonio público, alegadas en la demanda, toda vez que los activos de ELECTROLIMA lograron posicionar a ENERTOLIMA, lo que a su vez facilitó su posterior venta en mejores condiciones económicas. Conforme se precisó en las sentencias reseñadas en esta providencia, para la protección de los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, era necesario que se hubiere demostrado la existencia de una conducta por parte del liquidador de ELECTROLIMA y el gerente de ENERTOLIMA contraria a los postulados de eficiencia y transparencia; sin embargo, lo que se acreditó es que el contrato de arrendamiento referido y sus otrosíes se emplearon como herramienta dentro del proceso de liquidación de la primera y la constitución y capitalización de la segunda, de modo que se garantizara la prestación del servicio público de energía eléctrica en el departamento del Tolima y se obtuviera el máximo valor de los activos de ELECTROLIMA, cuya liquidación se ordenó por causales legales. (...) [E]n los términos de la jurisprudencia unificada, para que se configure la trasgresión de la moralidad administrativa «desde el punto de vista del interés colectivo tutelable a través de la acción popular, es necesario que se demuestre el elemento objetivo que alude al quebrantamiento del ordenamiento jurídico y el elemento subjetivo relacionado a la comprobación de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública», evento que no se mostró en el asunto revisado”.

*Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión; sentencia del 1 de febrero de 2022; C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 73001-33-31-006-2008-00027-01(AP)REV*

## **2. El Consejo de Estado a través del mecanismo de revisión eventual unifica su jurisprudencia y determina que en las acciones populares no procede la excepción de indebida acumulación de pretensiones toda vez que es deber del juez dar el trámite que corresponda a las pretensiones formuladas bajo la figura de la readecuación procesal.**

**Síntesis del caso:** *En ejercicio del medio de control de acción popular, el señor Francisco Basilio Arteaga Benavides, instauró demanda con el fin de obtener el amparo de los derechos colectivos a que los desarrollos urbanos se hagan de manera ordenada, con sujeción a las normas urbanísticas*

*y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes, a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, los cuales estimó vulnerados por el cobro del impuesto predial y de la contribución de valorización respecto de predios ubicados en terrenos de alto riesgo mitigable y no mitigable en el barrio Las Lomas del Sur de la ciudad de Bogotá.*

**REVISIÓN EVENTUAL DE ACCIÓN POPULAR / DEBER DE READECUACIÓN PROCESAL EN EL TRÁMITE DE LAS ACCIONES POPULARES – La Ley 472 de 1998 no prevé la declaratoria de improcedencia de la acción popular por lo que las pretensiones que no puedan tramitarse mediante este mecanismo deben readecuarse procesalmente desde la etapa de admisión / REVISIÓN EVENTUAL DE ACCIÓN POPULAR – Necesidad de unificar la jurisprudencia / ACCIÓN POPULAR / EXCEPCIÓN DE INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES - En las acciones populares no procede la excepción de indebida acumulación de pretensiones toda vez que es deber del juez dar el trámite que corresponda a las pretensiones formuladas bajo la figura de la readecuación procesal / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**

**Problema jurídico 1:** *¿Es procedente la declaratoria de la excepción de indebida acumulación de pretensiones en el trámite de una acción popular?*

**Tesis:** “[L]a LAPAG previó, como la única decisión posible en las acciones populares, aquella que resuelve el fondo del asunto: conceder la protección a los derechos o intereses colectivos o negarla. A diferencia de la regulación de la acción de tutela, la LAPAG no previó la declaratoria de improcedencia de la acción popular, porque no es un mecanismo subsidiario y, en el evento de que las pretensiones no puedan tramitarse mediante este mecanismo, desde la etapa de admisión, el asunto debe readecuarse procesalmente. Ello significa que, en el caso bajo estudio, la actuación del juez de primera instancia fue irregular, considerando que admitió la demanda, en lugar de cumplir el deber legal de readecuación procesal de dichas pretensiones a una acción de grupo, a pesar de que se formulaban claras pretensiones dirigidas a obtener la reparación de perjuicios eventualmente causados a un grupo de personas (...). Es decir que el juez de primera instancia no podía tramitar las pretensiones indemnizatorias de los eventuales perjuicios causados a los particulares, por la vía de la acción popular, para proferir una sentencia en la que, de manera antitécnica, negó las pretensiones por improcedencia de la acción, por lo que violó el artículo 5 de la LAPAG. (...) En segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió de fondo las pretensiones primera y segunda, tras considerar que sí podían ser tramitadas mediante una acción popular. La Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado considera que, en este aspecto, se trató de una decisión parcialmente adecuada, considerando que únicamente la primera de las pretensiones corresponde al amparo de derechos o intereses colectivos o difusos, mientras que la segunda, busca el restablecimiento de los derechos subjetivos de quienes “adquirieron sus viviendas de interés social en urbanizaciones cuyos terrenos son de alto riesgo no mitigable y mitigables”. (...) En lo que concierne a las pretensiones indemnizatorias 3 a 6, la segunda instancia declaró de oficio la excepción de indebida acumulación de pretensiones y, por lo tanto, no profirió pronunciamiento alguno frente a ellas. Al respecto, la Sala Especial de Decisión constata que, dentro de la jurisprudencia administrativa, existen posiciones que admiten la declaratoria de la indebida acumulación de pretensiones en la acción popular y, otras que la niegan. Por lo anterior, y en atención a la finalidad de la revisión eventual de acciones populares y de grupo, por parte del Consejo de Estado (artículo 36A de la Ley Estatutaria 270 de 1996), la Sala unificará la jurisprudencia en el sentido de que, en las acciones populares, no procede la excepción de indebida acumulación de pretensiones, por las siguientes razones: La norma especial que rige el proceso de las acciones populares impone al juez el deber de dar el trámite que corresponda a las pretensiones formuladas, bajo la figura de la readecuación procesal. La indebida acumulación de pretensiones no se encuentra prevista en la LAPAG y, aunque podría pensarse que existe un vacío al respecto, que autorizaría la remisión a normas procesales generales, como el CCA/CPACA o el CPC/CGP, no existe tal falta de regulación, considerando que la readecuación oficiosa de las pretensiones, desde la etapa de admisión de la demanda, es la regla procesal especial que responde a tal situación, se dirige a evitar fallos inhibitorios y ella resulta completamente incompatible con la figura de la indebida acumulación de pretensiones, que permite que el juez se abstenga de fallar de fondo. Es por ello que, de manera congruente con el deber de readecuación procesal, previsto en el artículo 5 de la LAPAG, el artículo 23 de la misma ley dispuso que “En la contestación de la demanda sólo podrán proponerse las excepciones de mérito y las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, las cuales serán resueltas por el juez en la sentencia”, lo que significa que la excepción previa de inepta demanda, por indebida acumulación de pretensiones, se encuentra prohibida por dicha norma. En tal sentido, la sentencia inhibitoria de la acción popular, fundada en la indebida acumulación de pretensiones, constituye una violación de los artículos 5 y 23 de la LAPAG, materializa

una denegación de justicia, al no haber pronunciamiento de fondo y desconoce el mandato constitucional de dar prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las posiciones de la Corporación que han hecho referencia a la declaratoria de la indebida acumulación de pretensiones en la acción popular, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de septiembre de 2002, exp. 6001-23-31-000-2000-0744-02 (AP-612); Sección Tercera, sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 00019-01(AG); Sección Primera, sentencia del 26 de octubre de 2006, exp. 02001-01(AP); Sección Cuarta, sentencia del 4 de diciembre de 2003, exp. 50001-23-31-000-2002-90287-01 (AP- 90287).

**ACCIÓN POPULAR / DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS A QUE LOS DESARROLLOS URBANOS SE HAGAN DE MANERA ORDENADA, CON SUJECCIÓN A LAS NORMAS URBANÍSTICAS Y DANDO PREVALENCIA A LA CALIDAD DE VIDA DE LOS HABITANTES – No es posible el estudio de su presunta vulneración por tratarse de hechos anteriores a la vigencia de la Ley 472 de 1998 / MORALIDAD ADMINISTRATIVA / DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO – No se evidencia la vulneración a los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público**

*Problema jurídico 2: ¿Las entidades demandadas violaron los derechos colectivos a que los desarrollos urbanos se hagan de manera ordenada, con sujeción a las normas urbanísticas y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes, a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público con ocasión del cobro del impuesto predial y de la contribución de valorización respecto de predios ubicados en terrenos de alto riesgo mitigable y no mitigable?*

**Tesis:** “[N]o es posible examinar, en el caso bajo estudio, la posible vulneración del derecho o interés colectivo a que los desarrollos urbanos se hagan de manera ordenada, con sujeción a las normas urbanísticas y dando prevalencia a la calidad de vida de los habitantes, considerando que tal derecho o interés colectivo fue previsto en el ordenamiento jurídico, por primera vez, en el literal m) del artículo 4 de la LAPAG, que entró a regir el 6 de agosto de 1999, a pesar de que los hechos relatados por el demandante, particularmente, las licencias urbanísticas, son anteriores a tal fecha. (...) [E]n el caso bajo estudio, no se verifica ninguna de las dos condiciones que la jurisprudencia ha identificado para la procedencia de la acción popular, frente a hechos anteriores a la expedición de la LAPAG: 1) que el derecho e interés colectivo que se invoca como vulnerado se encontrara consagrado expresamente, en la época en la que ocurrieron los hechos constitutivos de la vulneración y, 2) que la acción popular se encontrara prevista en la época en que ocurrieron los hechos, como instrumento procesal para la protección de ese interés colectivo que se alega como vulnerado. (...) El cobro del impuesto predial respecto de inmuebles construidos sobre terrenos de alto riesgo mitigable y no mitigable y de la contribución de valorización respecto de inmuebles construidos sobre terrenos de alto riesgo mitigable son actuaciones que hacen parte de la autonomía administrativa del distrito de Bogotá y no existen elementos que permitan evidenciar que con ello se amenace o vulneren los derechos o intereses colectivos a la defensa del patrimonio público y a la moralidad administrativa. Por lo anterior, las pretensiones serán denegadas”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la procedencia de la acción popular frente a hechos anteriores a la vigencia de la Ley 472 de 1998, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 15 de agosto de 2007, expediente 1188 AP; Sección Tercera, Sentencia de 6 de marzo de 2013. Expediente 2001-00051.

**Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Catorce Especial de Decisión: sentencia del 26 de agosto de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-33-31-017-2008-00266-01(AP)REV**

3  
SECCIÓN  
PRIMERA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## **1. Se suspende parcialmente la Resolución 3100 de 2019, porque el Ministerio de Salud no está facultado para crear requisitos como lo es la exigencia de la titulación de especialista como condición para desempeñar la medicina alternativa.**

*Síntesis del caso:* Se presentó demanda para obtener la nulidad, previa suspensión provisional, de la expresión "con título de especialista en el ámbito de su disciplina" contenida en el numeral 1.2 del acápite "11.2.2 SERVICIO DE CONSULTA EXTERNA ESPECIALIZADA", del anexo técnico denominado "manual de inscripción de prestadores y habilitación de servicios de salud" de la Resolución núm. 3100 de 2019, expedida por el Ministerio, con fundamento, en síntesis, en que es ilegal y violatoria de los artículos 26 y 84 de la Constitución Política, 2° de la Ley 14 de 1962, así como de la Ley 1164 de 2007, que en sus artículos 18, 19 y 21 establece la autorización de manera general para que los profesionales de la salud puedan ejercer la medicina y las terapias alternativas sin limitarlo únicamente a los profesionales de la salud con título de especialista en el ámbito de su disciplina, como sí lo hace el acto acusado.

**TÍTULOS DE IDONEIDAD - Alcance de la reserva legal / EXIGENCIA DE TÍTULOS DE IDONEIDAD PROFESIONAL - Competencia asignada exclusivamente al legislador / EJERCICIO DE LA MEDICINA ALTERNATIVA / TERAPIAS ALTERNATIVAS / TÍTULO DE ESPECIALISTA / POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso**

*Problema jurídico:* ¿Se deben suspender provisionalmente los efectos de la expresión "con título de especialista en el ámbito de su disciplina" contenida en el numeral 1.2 del acápite "11.2.2 SERVICIO DE CONSULTA EXTERNA ESPECIALIZADA", del anexo técnico denominado "manual de inscripción de prestadores y habilitación de servicios de salud" de la Resolución núm. 3100 de 2019, expedida por el Ministerio?

*Tesis:* "[E]l Despacho advierte, en un juicio a priori propio de la cautela que se estudia, que existe una contradicción entre lo dispuesto por el Ministerio en relación con el "estándar de talento humano" establecido para la medicina alternativa y complementaria en la resolución acusada y lo previsto por el legislador como presupuesto para el ejercicio de las medicinas y las terapias alternativas y complementarias. En efecto, los artículos invocados como vulnerados expresamente establecen una autorización de manera general a todos los profesionales de la salud para ejercer la medicina y las terapias alternativas, sin que dichas prácticas se restrinjan únicamente a los profesionales que tengan título de especialista. Se resalta que la reglamentación enjuiciada, bajo la categoría de "estándar de talento humano", en realidad apunta a la exigencia de un título de idoneidad para ejercer la medicina alternativa, pues señala que deberá acreditarse "título de especialista", lo cual es contrario a lo previsto en los artículos 18 y 19 de la Ley 1164, según los cuales para el ejercicio de las profesiones y ocupaciones de la salud se debe acreditar (i) título otorgado por una institución de educación superior legalmente reconocida, para el personal en salud con formación en educación superior (técnico, tecnólogo, profesional, especialización, magíster, doctorado); (ii) certificado otorgado por una institución de educación no formal, legalmente reconocida, para el personal auxiliar en el área de la salud; y (iii) convalidación en el caso de títulos o certificados obtenidos en el extranjero de acuerdo con las normas vigentes. Asimismo, los profesionales autorizados para ejercer una profesión del área de la salud podrán utilizar la medicina alternativa y los procedimientos de las terapias alternativas y complementarias en el ámbito de su disciplina, para lo cual deberán acreditar la respectiva certificación académica de esa norma de competencia, expedida por una institución de educación superior legalmente reconocida por el Estado. En este punto, la Sala Unitaria prohija la sentencia anteriormente reseñada y reitera que, en aras de salvaguardar los intereses superiores de los usuarios del sistema de salud y su derecho fundamental a la salud, el Ministerio, en ejercicio de las facultades regulatorias que le otorga la Ley, así como de sus competencias para expedir la reglamentación necesaria para dar aplicación al Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de Atención en Salud, está facultado para exigir la acreditación de una determinada competencia profesional por parte de los recursos

humanos de una institución prestadora de estos servicios como condición para su habilitación institucional; sin embargo, ello no faculta a dicho Ministerio para crear requisitos como lo es la exigencia de la titulación de especialista como condición para desempeñar la medicina alternativa. [...] Así las cosas, la Sala Unitaria encuentra que no resulta legítimo que el Ministerio fije un estándar que impone como única opción, para el ejercicio de la medicina alternativa y los procedimientos de las terapias alternativas y complementarias, la obtención del diploma o de cualquier otro título de especialista que no fue exigido por la Ley, dado que, para el efecto, únicamente establece la exigencia de acreditar la calidad de profesional autorizado para ejercer una profesión del área de la salud a través del correspondiente título o certificado académico, expedido por una institución de educación superior. Significa lo precedente que la regulación frente al personal autorizado para ejercer la medicina alternativa y las terapias alternativas y complementarias, es de competencia exclusiva del legislador; por lo tanto, se advierte una extralimitación del ejercicio de la potestad reglamentaria, lo cual hace procedente la suspensión provisional deprecada.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 25 de febrero de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2020-00281-00.

## **2. Se da prelación de fallo a la demanda de nulidad en contra del acto administrativo a través del cual se otorgó una licencia ambiental para el proyecto central hidroeléctrica “Pescadero – Ituango.”**

**Síntesis del caso:** Se presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo –en adelante CPACA–, para obtener la nulidad de la Resolución número 0155 del 30 de enero de 2009, “Por la cual se otorga una licencia ambiental para el proyecto central hidroeléctrica “Pescadero – Ituango” y se toman otras determinaciones”, expedida por la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales (E) del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenible. Así como también las Resoluciones modificatorias números 1034 de 4 de junio de 2009, “Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución No. 155 del 30 de enero del 2009”, 1323 del 7 de septiembre de 2009, por la cual se revocó y modificó el artículo 14 de la resolución 1034, 1891 de 1 de octubre de 2009, “Por la cual se modifica una licencia ambiental”, 2296 de 26 de noviembre de 2009, “Por medio de la cual se acepta el cambio de la razón social”, 1980 del 12 de octubre de 2010, “Por medio de la cual se modifica una licencia ambiental”, expedidas por la misma entidad y las Resoluciones 0155 del 5 de diciembre del 2011, “Por medio de la cual se modifica una licencia ambiental”, 0472 del 15 de junio de 2012, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición contra la resolución número 0155, 0764 del 13 de septiembre del 2012, “Por medio de la cual de modifica una licencia ambiental”, 1041 del 7 de diciembre de 2012, “Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental”, 0838 del 22 de agosto de 2013, “Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental”, 0620 de 12 de junio de 2014, “Por la cual se modifica una licencia ambiental vía seguimiento y se toman otras determinaciones”, 1052 de 9 de septiembre de 2014, “Por la cual se modifica una licencia ambiental”, 0198 de 20 de febrero de 2015, 0430 de 15 de abril de 2015, 0543 del 14 de mayo de 2015, “Por la cual se modifica una licencia ambiental”, y la 0106 de 4 de febrero de 2016, “Por la cual se modifica vía seguimiento una licencia ambiental”, proferidas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA.

**PRELACIÓN DE FALLO / ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIA / MODIFICACIÓN DEL ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIA / TRASCENDENCIA SOCIAL DE LA PRELACIÓN DE FALLO / PROCEDENCIA DE LA PRELACIÓN DE FALLO**

**Problema jurídico:** *¿Procede dar prelación de fallo a la demanda de nulidad en contra del acto administrativo a través del cual se otorgó una licencia ambiental para el proyecto central hidroeléctrica “Pescadero – Ituango”?*

**Tesis:** “Cabe indicar que los actos administrativos acusados son las Resoluciones números 0155 del 30 de enero de 2009, “Por la cual se otorga una licencia ambiental para el proyecto central hidroeléctrica “Pescadero – Ituango” y se toman otras determinaciones”, expedida por la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales (E) del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Sostenibles; 1034 de 4 de junio de 2009, “Por la cual se resuelve un recurso de reposición en contra de la resolución No. 0155 del 30 de enero del 2009”, 1323 del 7 de septiembre de 2009, por la cual se revocó y modificó el artículo 14 de la resolución 1034, 1891 de 1 de octubre de 2009, “Por la cual se modifica una licencia ambiental”, 2296 de 26 de noviembre de 2009, “Por medio de la cual se acepta el cambio de la razón social”, 1980 del 12 de octubre de 2010, “Por medio de la cual se modifica una licencia ambiental”, expedidas por la misma entidad y las Resoluciones 0155 del 5 de diciembre del 2011, “Por medio de la cual se modifica una licencia ambiental”, 0472 del 15 de junio de 2012, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición contra la resolución número 0155, 0764 del 13 de septiembre del 2012, “Por medio de la cual se modifica una licencia ambiental”, 1041 del 7 de diciembre de 2012, “Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental”, 0838 del 22 de agosto de 2013, “Por medio de la cual se modifica la licencia ambiental”, 0620 de 12 de junio de 2014, “Por la cual se modifica una licencia ambiental vía seguimiento y se toman otras determinaciones”, 1052 de 9 de septiembre de 2014, “Por la cual se modifica una licencia ambiental”, 0198 de 20 de febrero de 2015, 0430 de 15 de abril de 2015, 0543 del 14 de mayo de 2015, “Por la cual se modifica una licencia ambiental”, y la 0106 de 4 de febrero de 2016, “Por la cual se modifica vía seguimiento una licencia ambiental”, proferidas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA. La controversia relacionada con estos actos se relaciona con la presunta vulneración de los artículos 2º, 25, 37, 51, 63, 72, 79 y 80 de la Constitución Política, [...] La fijación del litigio, tal y como quedó plasmado en la audiencia inicial, se centra en analizar los cargos de violación relacionados con el desconocimiento de las normas en que debía fundarse el acto acusado y con expedición irregular, [...] Teniendo en cuenta lo anterior, resulta de importancia un pronunciamiento de la Sala de Decisión dados los impactos sociales, económicos y ambientales del proyecto. Se hace imperativo el análisis de legalidad de la licencia ambiental, el alcance de los derechos constitucionales y de orden legal que se encuentran en tensión conforme los argumentos expuestos por los sujetos procesales y, de esta manera, establecer si se encuentra ajustado a derecho la actuación administrativa que dio lugar a los actos acusados. Lo anterior garantizará que las autoridades y las personas tengan total claridad sobre la forma en que es posible tanto el ejercicio de sus derechos previstos en la Carta Política y en la ley, como la protección del interés general y el orden jurídico por parte de la administración, y de allí la trascendencia social de la controversia.”

**Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; auto de 3 de febrero de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2017-00130-00.**

4

## SECCIÓN SEGUNDA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## **1. Se configura la causal establecida en el ordinal 5 del artículo 250 del CPACA, cuando la sentencia objeto revisión desconoce el principio de congruencia, al pronunciarse sobre un aspecto que no fue objeto de apelación.**

*Síntesis del caso:* A través del recurso extraordinario de revisión de que trata el artículo 250 numeral 5 del CPACA, se solicitó que se infirme la sentencia del 30 de octubre de 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto al restablecimiento del derecho ordenado. En su criterio, dicha sentencia vulneró el principio de congruencia. Explicó que se desconocieron los efectos de la nulidad del acto administrativo y se inobservó lo pedido en la demanda.

### **CAUSAL DE REVISIÓN NUMERAL 5 DEL ARTÍCULO 250 DE LA LEY 1437 DE 2011/ PRINCIPIO DE CONGRUENCIA/ COMPETENCIA DEL AD QUEM/ EFECTOS DE NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico:* «¿Existe nulidad originada en la sentencia del 30 de octubre de 2017, proferida por la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto al restablecimiento del derecho ordenado, y, por ende, se configura la causal 5 de revisión prevista en el artículo 250 del CPACA?»

*Tesis:* «[...] el principio de congruencia es entendido como el deber legal que tienen los funcionarios judiciales de resolver un asunto puesto en su conocimiento con fundamento en las pretensiones, las pruebas aportadas, las normas aplicables y lo alegado por las partes, sin incurrir en fallos ultrapetita, extrapetita o minuspetita, como regla general. [...] la Subsección estima pertinente precisar que, en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 320 y 328 del CGP, la competencia de la Sala Transitoria del Tribunal Administrativo del Meta estaba restringida a los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que podía adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley, algunos de ellos son los siguientes: i) cuando dentro del proceso se encuentren probadas excepciones (art. 164 inciso 2 del CCA); ii) cuando proceda reconocer solo aquello que se probó en el dossier (art. 281 del CGP); y iii) cuando se deba complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado (art. 246 del CCA y art. 287 del CGP). [...] en criterio de la Subsección, el pronunciamiento contenido en la sentencia que se revisa desatendió los límites a la competencia que le impone la ley, lo cual condujo al desconocimiento del principio de congruencia. [...] En conclusión: Se configura la causal 5 de revisión, en cuanto al restablecimiento ordenado, pues la sentencia vulneró el principio de congruencia al mantener la declaratoria de nulidad del acto administrativo que retiró del servicio al demandante y revocar la orden de reintegro, porque se pronunció sobre un aspecto que no fue objeto de apelación, adoptó la decisión sin una motivación congruente con los planteamientos expuestos por las partes en las oportunidades procesales debidas y desatendió los efectos de la nulidad de los actos administrativos. [...]».

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 10 de febrero de 2022, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2019-00161-00 (1040-2019).

## **2. El ejercicio de la facultad nominadora para la designación del Jefe de Control Interno en las Empresas Sociales del Estado, no debe estar precedida por la elaboración de ternas por la Junta Directiva de la entidad**

## **y, los 3 años de experiencia relacionada exigida para el desempeño del cargo, no debe corresponder a servicios prestados exclusivamente en el sector público.**

*Síntesis del caso: El Alcalde del municipio de Sabanalarga (Atlántico) nombró al jefe de Control Interno Centro Materno Infantil Sabanalarga por un período fijo de 2 años, cargo del cual tomó posesión el 24 de diciembre de 2015. El nuevo Alcalde revocó el nombramiento por cuanto se omitió la elaboración previa de terna por la Junta Directiva de la E.S.E para la designación y, por no cumplir el nominado con la experiencia relacionada de 3 años en control interno en entidades públicas.*

**FACULTAD DISCRECIONAL DE NOMBRAMIENTO DEL JEFE DE CONTROL INTERNO EN LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO - Máxima autoridad administrativa del ente territorial / EXPERIENCIA RELACIONADA PARA EL DESEMPEÑO DEL CARGO JEFE DE CONTROL INTERNO EN EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO - 3 años en asuntos relacionados con el control interno sin importar si se trata de entidad pública o privada / REVOCATORIA DEL NOMBRAMIENTO DEL JEFE DE CONTROL INTERNO DE E.S.E.**

*Problema jurídico: ¿El ejercicio de la facultad nominadora, que se encuentra radicada en la máxima autoridad administrativa territorial, para la designación del Jefe del Control Interno en las Empresas Sociales del Estado, debe estar precedida por la conformación de ternas por la Junta Directiva de la entidad y, los 3 años de experiencia relacionada se deben cumplir exclusivamente en el sector público?*

**Tesis:** “[L]a expedición de la Ley 1474 de 2011 modificó la designación del responsable de la Oficina de Control Interno y le otorgó la facultad a la máxima autoridad administrativa, sin incluir remisión alguna a otras disposiciones; por lo cual, la facultad discrecional de nombrar al Jefe de Control Interno recae sobre la máxima autoridad administrativa del ente territorial, quien también ejercerá la dirección y control político; de manera que la tesis de los entes demandados, según la cual, la Ley 1474 de 2011 no derogó el artículo 11 de la Ley 87 de 1994 por ser complementarias, en el sentido, que le correspondía a la Junta Directiva de las empresas sociales del Estado la elaboración de la terna de candidatos con el que se proveería el cargo, es incorrecta. (...)A]l momento de entrar a estudiar la hoja de vida del actor y las constancias relacionadas con el ejercicio profesional, conforme al artículo 8 parágrafo 1 ibídem [Ley 87 de 1994], era necesario acreditar una formación profesional y experiencia mínima de 3 años en asuntos relacionados con el control interno, la Sala encontró que contaba con el mínimo de experiencia requerida para el ejercicio del cargo para el cual fue nombrado, como quiera que desarrolló empleos relacionados con el control interno por más de 3 años, de manera que, los motivos expuestos en los actos administrativos demandados sobre los cuales el señor Juan Guillermo Cardona Padilla incumplió los requisitos para ejercer como Jefe de Control Interno y, en virtud de eso, revocó su nombramiento, no tenían fundamento. (...) [E]n el Decreto 00018 del 22 de enero de 2016 «acto acusado» se indicó la experiencia acreditada por el demandante no podía tenerse en cuenta para efectos de desempeñar el cargo en una Empresa Social del Estado puesto que era necesario que ejecutara un modelo de control interno que no es propio del sector privado, sino que sólo es aplicable a entidades públicas, tal es el caso del Modelo Estándar de Control Interno -MECI- ; sin embargo, para la Sala este argumento no tiene fundamento alguno, en tanto que la norma consagra que los requisitos para el desempeño del cargo solo hacen referencia a la experiencia relacionada con el ejercicio del control interno, sin hacer distinción del modelo aplicado en el desempeño de las funciones, por lo que dicho elemento diferenciador que fue señalado en el acto de revocatoria carece, del mismo modo, de veracidad.(...) [D]e conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, es dable concluir que el señor Juan Guillermo Cardona cumplió con la entrega de los documentos establecidos en el artículo 2.2.5.4.2 del Decreto 1083 de 2015 para efectuarse el nombramiento y, además, cumplía con los requisitos mínimos para desempeñar como encargado de la Oficina de Control Interno, por ende, se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 14 de octubre de 2021, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 08001-23-33-000-2017-00211-01(0561-19)

### **3. La causal de retiro por pensión no es aplicable a los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición pensional de la Ley 100 1993, ni a quienes se encontraban vinculados al servicio a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, razón por la cual, pueden continuar laborando hasta la edad de retiro forzoso.**

*Síntesis del caso:* En virtud de la causal regulada en el párrafo tercero del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, un servidor público fue retirado del servicio por cumplir los requisitos de pensión y encontrarse a la fecha incluido en la nómina de pensionados. El afectado alegó ante la entidad que no le era aplicable dicha causal de retiro, por ser beneficiario del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 y no haber llegado a la edad de retiro forzoso, solicitud que fue negada por la administración.

**RETIRO DEL SERVIDOR POR DERECHO A LA PENSIÓN / NOTIFICACIÓN DE INCLUSIÓN EN NÓMINA AL PENSIONADO/ PERMANENCIA EN EL SERVICIO HASTA LA EDAD DE RETIRO FORZOSO EN EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL/ PERMANENCIA EN EL SERVICIO HASTA LA EDAD DE RETIRO FORZOSO A LOS SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA LEY 1821 DE 2016**

*Problema jurídico:* ¿La causal de retiro del servicio por pensión, regulada en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 es aplicable a los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 o tienen derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de retiro forzoso, por disposición del artículo 150 de la Ley 100 de 1993? Y si, ¿La Ley 1821 de 2016 inaplicó la causal de retiro dispuesta en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003?

*Tesis:* “Se establece que el señor (...) es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto, tenía más de 15 años de servicios, para su entrada en vigencia. acorde con el análisis del material probatorio, el cargo del demandante como Gerente IV, 8 horas, Registro Universal 24983, Gerente Seccional del ISS, era de libre nombramiento y remoción. Por otra parte, para el 31 de julio de 2012, fecha en que el nominador expidió el acto demandado que dispuso el retiro del servicio del demandante, el Instituto de Seguros Sociales (como entidad de previsión social) ya había efectuado el reconocimiento pensional por medio de la Resolución 2511 del 26 de julio de 2012, y lo incluyó en nómina a partir del 1 de agosto de 2012. En este orden de ideas, siguiendo la línea jurisprudencial de esta Corporación, expuesta en el marco normativo y jurisprudencial, visto que el demandante se encontraba amparado por el régimen de transición tiene derecho a la prerrogativa del artículo 150 de la Ley 100 de 1993. Normativa según la cual no podía ser obligado “a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso”. Por tanto, es improcedente la aplicación de la causal de retiro del servicio contenida en el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, tal como lo ha considerado la jurisprudencia de esta Corporación, desde la sentencia del 4 de agosto de 2010-Bajo dicha interpretación, la causal de retiro de servicio por reconocimiento de pensión e inclusión en nómina de pensionados no comprende a los beneficiarios del régimen de transición, quienes en virtud del derecho a la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 pueden continuar laborando en su empleo para aumentar el monto de la mesada pensional hasta la edad de retiro

forzoso. Ahora bien, nótese que, para el caso de quienes ejercen funciones públicas la norma vigente en la actualidad es la Ley 1821 de 2016<sup>17</sup>, la cual implementa dos grandes cambios: el primero es aumentar a 70 años la edad de retiro forzoso y el segundo, permitir que los empleados públicos continúen prestando voluntariamente sus servicios al Estado hasta la edad de retiro forzoso, aunque tengan derecho al reconocimiento pensional, siempre que sigan contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales). En cuanto al campo de aplicación de esta norma, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en conceptos 2326 del 8 de febrero de 2017 y 2466 del 9 de agosto de 2021, explicó que en razón a que “la vigencia de la Ley 1821 de 2016 se rige por el “efecto general inmediato” (no es retroactiva) y que el artículo 2° de la misma no regula el supuesto fáctico que se describe en la pregunta, no pueden permanecer en sus cargos, hasta cumplir los 70 años de edad, las personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 (es decir, hasta el 30 de diciembre de ese año) cumplieron la edad de retiro forzoso a la que estaban sujetos” ..En consecuencia, visto que a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, el demandante tenía 67 años de edad, toda vez que nació el 27 de octubre de 1949, se le aplica la edad de retiro forzoso de 65 años; y en todo caso, la causal de retiro del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no se le aplica, siguiendo el criterio interpretativo de esta Corporación, que se remonta a la sentencia del 4 de agosto de 2010.”

**Nota de Relatoría:** Sobre la inexecutable condicionada del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, ver: sentencia de la Corte Constitucional C-1037 de 2003. En relación con el derecho a permanecer en el servicio hasta la edad de retiro forzoso del beneficiario del régimen de transición pensional, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda, en sentencia del 4 de agosto de 2010, rad 5000-23-25-000-2004- 06145-01(2533-07 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En relación con el alcance de la causal de retiro por pensión a quienes se encontraban vinculados al servicio a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil conceptos de 8 de febrero de 2017 y 2466 del 9 de agosto de 2021. [...]

*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 03 de febrero de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 17001-23-33-000-2013-00020 -01*

#### **4. No procede el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales por la mora en la implementación del concurso de méritos en la Rama Judicial y el nombramiento de la lista de elegibles, al superar los 6 meses consagrados en el artículo 132 de la Ley 270 de 1992, pues, corresponde al término máximo para el desempeño de un cargo de carrera en provisionalidad, y no un límite para adelantar el proceso de selección y realizar los respectivos nombramientos.**

**Síntesis del caso:** *Un participante en la convocatoria 09 de 1998, para proveer los cargos de carrera del Consejo Superior de la Judicatura, solicitó el reconocimiento y pago del retroactivo de los salarios y prestaciones sociales, por transcurrir más de 10 años entre la iniciación del proceso de selección y su nombramiento de la respectiva lista de elegibles, por considerar que, con ello se desconoció el período de 6 meses en que un cargo de carrera puede ser desempeñado en provisionalidad, según lo preceptuado el artículo 132 de la Ley 270 de 1996 y, en consecuencia, el término máximo con el que cuenta la administración para adelantar el proceso de selección y proceder a realizar los respectivos nombramientos, lo cual lo privó de recibir los mencionados emolumentos.*

## RECONOCIMIENTO DE SALARIOS Y PRESTACIONES POR MORA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE CONCURSO DE MÉRITOS EN LA RAMA JUDICIAL Y DEL NOMBRAMIENTO DE LA LISTA DE ELEGIBLES - Improcedencia / TÉRMINO PARA DESEMPEÑAR CARGO EN PROVISIONALIDAD – No corresponde al tiempo límite para realizar concurso de méritos y nombramientos

**Problema jurídico:** *¿Es procedente el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones derivado de la mora en la implementación del concurso de méritos de la Rama Judicial y del nombramiento de la lista de elegibles, al superar el término máximo de los 6 meses para mantener un cargo de carrera ocupado en provisionalidad, preceptuado en el artículo 132 de 270 de 1996?*

**Tesis:** “[E]l lapso de (6) meses de que trata el artículo 132 de la Ley 270 de 1996 corresponde al período en que un cargo de carrera puede ser ocupado mediante la figura de la provisionalidad, sin que haya lugar a entender, como lo sugiere el demandante, que corresponda al umbral durante el cual se debe desarrollar el concurso de méritos, como tampoco el plazo límite para realizar los nombramientos de la lista de elegibles (...) [S]i bien no hay discusión en que la Administración se tardó una década en culminar la convocatoria y disponer el nombramiento de los concursantes que tenían las primeras posiciones dentro de los registros de elegibles, no puede reprocharse de ella haber excedido un término que la normativa no prevé, toda vez que, por un lado, el de seis (6) meses de que trata el artículo 132 de la Ley 270 de 1996, es el máximo durante el cual un empleado vinculado en provisionalidad puede ocupar un cargo de carrera; y por el otro, ese procedimiento meritocrático estuvo sometido no solo a los diversos trámites que de suyo comporta (verificación de requisitos mínimos, organización de la «Prueba de Conocimientos, Aptitudes y/o Habilidades Técnicas», calificaciones, entrevistas y desatar los recursos interpuestos por los interesados en cada una de esas etapas), sino que fue suspendido (por un tiempo) ante la imposibilidad de determinar las implicaciones que el proyecto de reforma a la justicia que cursó en el Congreso de la República en 2004, tuviera no solo frente a los concursos vigentes, sino a la planta de personal (...) Sin perjuicio de lo anterior, recuérdese que con el Decreto 1737 de 15 de mayo de 2009, «Por medio del cual se regulan aspectos del pago de la remuneración de los servidores públicos», vigente para la época de los hechos, el Gobierno nacional preceptuó que «El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades» (...), de lo que se colige que en el sub lite no puede pretender el accionante se sufraguen unos emolumentos a los que no tiene derecho, puesto que no tenía ningún vínculo laboral con el Estado, pese a que estuviera incluido en el registro de elegibles del cargo para el cual concursó, amén de que, en todo caso, no hay evidencia de que hubiese ocupado el primer puesto en tal lista o el cargo al que optó estuviese vacante mucho antes de su ingreso.” [...]

*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de noviembre de 2021, C.P.Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 25000-23-42-000-2013-04192-01(4568-17)*

## **5. En materia disciplinaria, la notificación del acto administrativo sancionatorio principal, realizada dentro de los cinco años siguientes a la consumación de los hechos investigados, no vulnera el debido proceso.**

**Síntesis del caso:** *La accionante, demandó los actos administrativos cuestionados por considerar que vulneraron el derecho al debido proceso, en tanto que se configuró la prescripción de la acción disciplinaria, pues, desde la ocurrencia de los supuestos fácticos, esto es, 30 y 31 de diciembre de 2009, hasta la fecha en que se emitió la decisión disciplinaria de segunda instancia, 11 de agosto de 2016, transcurrieron más de 5 años a los que hace referencia la normativa aplicable.*

## **VIOLACION DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA / OCURRENCIA DE LOS HECHOS INVESTIGADOS / NOTIFICACIÓN DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

**Problema jurídico:** *¿Con la expedición de los actos administrativos acusados, la entidad demandada incurrió en vulneración del derecho al debido?*

**Tesis:** «[...] dentro de las garantías del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta Política se encuentran las relacionadas a que «Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho». [...] el artículo 209 ibidem dispone como principios de la función administrativa, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. [...] El 11 de junio de 2010, a través de Auto N.º 211, la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de la Protección Social dio apertura de indagación preliminar en contra de la señora (...) en su condición de inspectora de trabajo de la Dirección Territorial del Huila [...] El 16 de septiembre de 2014, mediante Auto N.º 00000779, la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Trabajo, en primera instancia, declaró responsable disciplinariamente a la señora (...) en su condición de inspectora del trabajo; sancionándola con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 1 mes. Contra dicha decisión la disciplinada interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto el 11 de agosto de 2016, por Auto N.º 0026, por la ministra del trabajo, confirmando la decisión inicial [...] Los artículos 29 de la Constitución Política y 6 de la Ley 734 de 2002, disponen que el debido proceso se aplica tanto a las actuaciones judiciales como a las de carácter administrativo, e implica que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez competente, y con observancia de las formas propias de cada juicio. [...] la demandante sostiene que se configuró la prescripción de la acción disciplinaria, por cuanto desde la fecha de la ocurrencia de los hechos y la notificación de la decisión disciplinaria de segunda instancia, transcurrieron más de 5 años. [...] El artículo 30 de la Ley 734 de 2002, vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, establece que «la acción disciplinaria prescribe en 5 años, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto. (...)». Al respecto, debe señalarse que para el año 2009, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no tenía una posición pacífica y unificada en relación al límite temporal de la competencia sancionatoria. [...] En atención a ello, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estableció que el término de prescripción de 5 años se interrumpe con la expedición del acto principal y su respectiva notificación al disciplinado, por ser este el que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria y concreta la voluntad de la administración [...] tratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad se expide y se notifica el acto administrativo principal que resuelve de fondo el proceso sancionatorio, esto es, la decisión disciplinaria de primera instancia. En el sub examine se observa que la conducta reprochable disciplinariamente data del 30 y 31 de diciembre de 2009, fecha en la cual la disciplinada, en su condición de inspectora de trabajo, suscribió unas actas de conciliación sin tener en cuenta los requisitos establecidos en la Ley 640 de 2001, lo cual trajo como consecuencia que estas no prestaran mérito ejecutivo, pues, no se estableció correctamente una obligación clara, expresa y exigible. Así, a partir de esta fecha el operador disciplinario contaba con 5 años para emitir y notificar el acto administrativo a través del cual se resolviera de fondo la investigación disciplinaria. De acuerdo con el material probatorio, el 16 de septiembre de 2014, por Auto N.º 00000779, la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Trabajo, en primera instancia, declaró responsable disciplinariamente a la señora (...) en su condición de inspectora de trabajo, por haber incurrido en una falta grave por desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1.º de la Ley 734 de 200, a título de culpa grave, sancionándola con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 1 mes. Dicha decisión fue notificada, personalmente, el 14 de octubre de 2014, a la señora Forero Fajardo. Con lo anterior, resulta claro que, desde el momento de los hechos acaecidos, esto es, 30 y 31 de diciembre de 2009, y hasta la notificación del fallo de primera instancia, 14 de octubre de 2014, no transcurrieron más de 5 años para considerar la ocurrencia de dicho fenómeno. [...]»

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de febrero de 2021, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 41001-23-33-000-2017-00140-01 (0685-2019).

**6. Para los docentes vinculados al servicio con anterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2001 y del Acto Legislativo 001 de 2005, la pensión de jubilación es compatible con el ejercicio de la docencia, de tal manera que pueden recibir la prestación social y el salario. En consecuencia, el disfrute de la pensión no tiene por qué estar sujeto al retiro del servicio.**

*Síntesis del caso:* La demandante, a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordenará a COLPENSIONES reconocerle su derecho a la pensión desde el 7 de julio de 2012, día en que consolidó su estatus pensional, hasta el 31 de diciembre de 2014, data en que se desvinculó de la Universidad Pedagógica Nacional. Lo anterior, en razón a que la entidad administradora de pensiones negó el derecho reclamado, condicionándolo al retiro definitivo del servicio oficial, conforme a lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 -aprobado por el Decreto 758 del mismo año- y la incompatibilidad entre la pensión de vejez reconocida y cualquier otra asignación del Tesoro Público según lo establecido en el artículo 128 de la Constitución Política.

#### **RÉGIMEN PENSIONAL DE LOS DOCENTES / INSTITUTO PEDAGÓGICO NACIONAL / COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y EL SUELDO EN EL CASO DE LOS DOCENTES**

*Problema jurídico:* ¿Si la efectividad del derecho pensional de la señora (...) está condicionada al retiro del servicio o si tiene derecho a devengar la pensión de jubilación desde el momento en que consolidó el estatus pensional, de manera simultánea con la asignación salarial, como lo dispuso el a quo?

**Tesis 1:** «[...]La Constitución de 1991 en su artículo 128 mantuvo la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público y prescribió la imposibilidad de desempeñar dos empleos públicos simultáneamente. [...] Se entiende que esta prohibición incluye no solo más de una asignación proveniente de varios empleos públicos sino la de otras remuneraciones como ocurre con las pensiones. [...] Esta norma fue desarrollada por el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que consagró: «Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones: (...) g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.» [...] En ese sentido el artículo 5 del Decreto 224 de 1972 señaló: «El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario de esté (sic) mental y físicamente apto para la tarea docente, pero no se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad.» Es decir, para los docentes la pensión de jubilación es compatible con el ejercicio de la docencia de tal manera que pueden recibir la prestación social y el salario, en consecuencia, la pensión no debe estar sujeta al retiro del servicio. [...] Estas normas, según el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, ratificado por el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 001 de 2005, son aplicables a los docentes que se vinculen con anterioridad a la vigencia de esa norma pues de lo contrario estarían amparados por el régimen pensional de prima media contemplado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. [...] La demandante recurrió la decisión a fin de revocar lo relativo al goce de la pensión (...) COLPENSIONES confirmó la decisión por considerar que de acuerdo con lo establecido en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el

Decreto 758 del mismo año, la pensión se reconocerá y será necesaria la desafiliación al régimen para el disfrute de la misma, por lo que debía acreditar el retiro definitivo del servicio oficial, en tanto estableció la incompatibilidad entre la pensión de vejez reconocida y cualquier otra asignación del Tesoro Público en atención a lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política. [...] en el asunto sub judice se trata de una docente que prestó sus servicios educativos en los niveles de preescolar, básica y media en el Instituto Pedagógico Nacional, que es una unidad de la Universidad Pedagógica Nacional pero, precisamente, en razón a la labor desarrollada por la accionante –impartir educación básica primaria–, se rige por las disposiciones establecidas en el Decreto 2277 de 1979 [...] Si bien el artículo 128 de la Constitución Política estableció la prohibición de percibir doble asignación del tesoro público, el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que desarrolló este precepto, determinó como una de las excepciones a esta regla «Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados». [...] Pues bien, uno de los beneficios a que se refiere el literal g) se encuentra en el artículo 5 del Decreto 224 de 1972 que estableció la compatibilidad entre la pensión de jubilación con el ejercicio docente, esto es, el docente puede pensionarse y recibir la prestación social sin necesidad de condicionar su disfrute al retiro del servicio. Bajo ese entendido, no fue objeto de discusión dentro del proceso que la accionante se vinculó al ejercicio docente con anterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, desde el 16 de febrero de 1976, tal como consta en el acto administrativo de reconocimiento pensional, así como también en el certificado de información laboral emitido por la Universidad Pedagógica Nacional. Así las cosas, se encuentra cobijada por la excepción consagrada en el literal g) del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y, por consiguiente, es beneficiaria de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el salario en los términos del artículo 5 del Decreto 224 de 1972, no obstante, la entidad demandada supeditó el disfrute de la prestación social a que acreditara el retiro del servicio. En ese sentido, se concluye que en efecto la administración negó la efectividad de la pensión de la señora (...) a partir del cumplimiento del estatus pensional –el 7 de julio de 2012– y su pensión fue liquidada dando aplicación a la Ley 33 de 1985, condicionando el disfrute al retiro del servicio –en aplicación al artículo 128 de la Constitución Política– y posteriormente, le fue modificada con base en la Ley 797 de 2003 por ser más favorable y con una tasa de reemplazo superior –77.65%. Respecto de esto último, se advierte que, si bien al final no le fue aplicado el régimen pensional de los docentes, ello no muta su vinculación ni su condición, así como los beneficios que de ella se derivan, conforme a las normas rectoras que se analizaron de forma precedente y que se relacionan con la naturaleza de los servicios que ofrece el Instituto Pedagógico Nacional y la sujeción de esta institución al Sistema Educativo Nacional. De ahí que la demandante tenía derecho a compatibilidad que reclama y, por ende, a que le fuera reconocida la pensión desde que adquirió el estatus. Así las cosas, la Sala de Subsección concuerda con el Tribunal de primera instancia, y debe declararse la nulidad de los actos administrativos, en cuando dispusieron el pago de la pensión a partir de la fecha en que se concretó el retiro del servicio para, en su lugar, disponer el pago de la prestación desde el 19 de enero de 2013 y hasta el 31 de diciembre de 2014. [...]».

*Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de febrero de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2016-05129-01 (1023-2021).*

**7. Se declaró la nulidad de los artículos 5 (excluidos los parágrafos 3 y 4), 8, 9 (incluido el párrafo), así como de los parágrafos 2 y 3 del artículo 6 y del párrafo tercero del artículo 49 del Decreto 1352 de 2013. Así también, la legalidad condicionada del inciso segundo del artículo 46 de la norma, en el sentido que la potestad allí contenida solo puede ejercerse si la Procuraduría no ha iniciado una investigación previamente por los mismos hechos, o bien no ejercer el poder preferente**

## para llevarla a término, a pesar de haber sido iniciada por el Ministerio del Trabajo

**Síntesis del caso:** *El demandante presentó acción de nulidad por considerar que los artículos 5, 6, 8 y 9 del Decreto 1352 de 2013 son contrarios al contenido del numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, así mismo resultar contrarios al principio de non bis in idem y al derecho al debido proceso, al permitir una doble sanción de los miembros de las juntas de calificación de invalidez y establecer inhabilidades que solo corresponde fijar a la ley.*

**RESERVA DE LEY COMO CAUSAL DE NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS / PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM Y AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PODER PREFERENTE DISCIPLINARIO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN RELACIÓN CON LOS INTEGRANTES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ / INHABILIDAD A INTEGRANTES PRINCIPALES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ PARA PRESTAR ASESORÍA EN ASUNTOS RELACIONADOS DESPUÉS DEL RETIRO**

**Problema jurídico 1:** *«¿Los artículos 5, 6, 8 y 9 del Decreto 1352 de 2013 son contrarios al contenido del numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política?»*

**Tesis 1:** «[...] En relación con la reserva de ley como causal de nulidad de los actos administrativos, esta Sala ha puesto de presente que la Constitución Política de 1991 determinó que en algunas materias precisas, la regulación se realice a través de una fuente del derecho en particular, en este caso, la ley, lo que significa que su expedición se debe realizar bien sea a través de (i) una ley en sentido formal, es decir aquella que surge del legislador ordinario o (ii) a través de decretos leyes, proferidos en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República. [...] La reserva de ley constituye una garantía para los asociados de que los temas de mayor relevancia e interés social y económico serán objeto de una amplia deliberación, de manera que se garantice el principio democrático, lo que le otorga legitimidad a la norma de derecho resultante, y, por ende, no es posible regular estas materias por medio de reglamentos, ya que estos tienen menor jerarquía normativa. Así las cosas, la reserva de ley se torna en un límite inquebrantable de la potestad reglamentaria pues, habiéndose reservado un asunto al legislador, no es dable que la administración entre a regular los aspectos centrales de la materia en cuestión, ni tampoco es admisible el vaciamiento de las facultades que le competen a este, mediante la expedición de normas que carezcan de rango y fuerza legal. [...] al tratarse de entidades del orden nacional, y siguiendo lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 150 de la Constitución Política, los elementos mínimos de las juntas de calificación de invalidez que le corresponde establecer al legislador son los siguientes: (i) la denominación, (ii) la naturaleza jurídica y el consiguiente régimen jurídico, (iii) la sede, (iv) la integración de su patrimonio, (v) el señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares, y (vi) el ministerio o departamento administrativo al cual estarán adscritos o vinculados. [...] Esta Sala encuentra que salvo los párrafos tercero y cuarto del artículo 5, el texto de la norma resulta contrario al principio de reserva de ley, debido a que fijó la estructura orgánica de las juntas de calificación, al establecer cómo se componen, cuál es el número de integrantes, qué profesiones deben tener, cómo se clasifican. [...] Es preciso indicar que de conformidad con lo decidido en la sentencia C – 306 de 2004, la estructura orgánica de las entidades públicas comprende los «elementos que integran el órgano, debiendo considerarse allí incluido, tanto lo relacionado con el elemento humano que lo conforma, es decir, los empleados y funcionarios que ponen al servicio del ente público su voluntad, como lo relacionado con su aspecto patrimonial, de conformidad con lo dispuesto por el respectivo ordenamiento jurídico». Luego, para la Sala es evidente que se invadió una competencia exclusiva del legislador, motivo por el cual se declarará la nulidad del artículo 5, salvo los párrafos tres y cuatro [...] los párrafos 2 y 3 del artículo 6, contienen determinaciones sobre la conformación de las salas, nombramientos provisionales, selección directa, modificación de integrantes de las juntas que claramente hacen parte de la estructura orgánica de la entidad, por lo que se trata de aspectos sometidos a reserva de ley, y por lo tanto se declarará su nulidad. [...] En el caso del artículo 8 del Decreto 1352 de 2013, nuevamente se advierte que se trata de elementos que integran la estructura orgánica de la entidad, concretamente en lo referente al elemento humano. Es decir, en la norma acusada se estableció una

clasificación, en la que se divide la composición de las juntas de calificación en integrantes, trabajadores y miembros. [...] es evidente que se trata del aspecto orgánico de las juntas de calificación, que se refiere al elemento humano en los términos de la sentencia C – 306 de 2004, por lo que este es un asunto reservado al legislador, que no podía fijar el presidente de la República a través del reglamento. [...] Por último, el texto del artículo 9 [...] se advierte nuevamente que se trata de cómo están conformadas las juntas de calificación, esto es, los empleados y funcionarios que se ponen al servicio del organismo del Sistema de la Seguridad Social. Es decir, se trata de aspectos que tienen que ver con la conformación del elemento humano de las juntas de calificación de invalidez, en este caso, lo que se considera es el personal administrativo, lo que constituye un aspecto puramente orgánico que debe ser determinado por el legislador y no por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria. [...]”».

**Problema jurídico 2:** «¿El inciso segundo del artículo 46 del Decreto 1352 de 2013 desconoce el principio de non bis in idem y al derecho al debido proceso, al permitir una doble sanción de los miembros de las juntas de calificación de invalidez?»

**Tesis 2:** «[...] En el asunto bajo análisis es preciso poner de presente que la Corte Constitucional tuvo oportunidad de analizar la demanda de inexecutable del artículo 20 de la Ley 1562 de 2012, en el cual se fundamentó la disposición acusada, por el mismo cargo que se elevó en el caso bajo revisión, es decir, por la vulneración del principio de non bis in idem. [...] la Corte Constitucional decidió que en la aplicación del artículo 20 de la Ley 1562 de 2012, el Ministerio del Trabajo podrá adelantar las investigaciones correspondientes, siempre y cuando estas no hayan sido asumidas previamente por la Procuraduría, o sean requeridas por el órgano de control, en ejercicio del poder disciplinario preferente, que le confiere la Constitución Política. [...] esta sala considera que los parámetros señalados por la Corte Constitucional llevan a que en el presente, se declare la legalidad condicionada del inciso segundo del artículo 46 del Decreto 1352 de 2013, con la precisión establecida por el Alto Tribunal Constitucional, esto es, que esta potestad solo puede ejercerse si (i) la Procuraduría no ha iniciado una investigación previamente por los mismos hechos, o (ii) la Procuraduría General de la Nación no reclama su poder preferente para llevarla a término, a pesar de haber sido iniciada por el Ministerio del Trabajo. [...]”»

**Problema jurídico 3:** «¿El párrafo tercero del artículo 49 del Decreto 1352 de 2013 excedió la potestad reglamentaria por ser contrario al artículo 6 de la Constitución Política, en cuanto el único que puede establecer inhabilidades en nuestro ordenamiento jurídico es el legislador?»

**Tesis 3:** «[...] Esta Sala advierte que el Gobierno Nacional, a través de la disposición contenida en el párrafo tercero del artículo 49 del Decreto 1352 de 2013, consagró una inhabilidad, esto es, una restricción al ejercicio o desempeño de un empleo, puesto que determinó que los integrantes principales de las Juntas de Calificación de Invalidez no pueden prestar a título personal o por interpuesta persona servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con sus funciones, en ninguna entidad durante y hasta por el término de dos (2) años después de su retiro como integrante principal de la Junta de Calificación de Invalidez, para lo cual no tenía competencia, puesto que, tal como se señaló previamente estas prohibiciones solo pueden ser establecidas en la Constitución Política o en la ley. Así las cosas, esta Sala señalará que se excedió la potestad reglamentaria ya que el ejecutivo estableció una inhabilidad, para lo cual carecía de competencia motivo por el cual se declarará la nulidad del párrafo tercero del artículo 49 del Decreto 1352 de 2013. [...]”»

**Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 02 de diciembre de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-25-000-2013-01776-00 (4697-1)**

5  
SECCIÓN  
TERCERA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Los árbitros son agentes estatales para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

*Síntesis del caso:* La parte actora solicitó declarar al Estado patrimonialmente responsable por el supuesto error jurisdiccional contenido en el laudo arbitral por medio del cual se resolvió la controversia contractual suscitada entre Inel Caribe Ltda. y Electrocosta SA ESP. En la demanda se indicó que la Rama Judicial es la entidad que debe responder por los errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales. El tribunal de primera instancia negó las pretensiones por cuanto, en su criterio, no existía nexo causal entre el posible daño sufrido por la sociedad demandante y el comportamiento del Estado dado que de haberse configurado un yerro este sería imputable a los árbitros y no a la Rama Judicial. La parte actora apeló para que se declare la responsabilidad del Estado con fundamento en los artículos 116 de la Constitución Política; 13.3, 65 y 74 de la Ley 270 de 1996.

LEY ESTATUTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CAUSACIÓN DEL DAÑO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / NORMATIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / NORMATIVIDAD DEL ERROR JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DEL ERROR JUDICIAL / PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / PROCEDENCIA DEL ERROR JUDICIAL / REGULACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*Problema jurídico:* ¿Los particulares que excepcionalmente ejercen o participan del ejercicio de la función jurisdiccional para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado se consideran como agentes judiciales?

*Tesis:* “El Capítulo VI de la Ley 270 de 1996 regula la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios judiciales. El artículo 65 de esta normativa es un claro desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política ya que determina que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales. La misma disposición establece que el Estado responderá por (i) el error jurisdiccional, (ii) por la privación injusta de la libertad y (iii) por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. (...) el artículo 74 contiene una disposición que define qué debe entenderse por “agente judicial” para efectos del artículo 65 puesto que no solo adquieren esa condición los funcionarios o empleados judiciales sino, también, los particulares que excepcionalmente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional. (...) para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado el legislador catalogó a los particulares en ejercicio de función jurisdiccional como agentes judiciales y, por tanto, fijó el centro de imputación en la Rama Judicial, por cuanto, el término “agente estatal” no se reduce exclusivamente a los servidores públicos de que trata el artículo 123 constitucional, lo anterior en consideración de que desde un punto de vista constitucional, la actuación pública y el ejercicio de las funciones propias del Estado no se agota con la actividad de los empleados públicos, de los trabajadores oficiales o de los miembros de las corporaciones públicas sino que, con fundamento en los artículos 116, 123 y 210 y en desarrollos legales se involucran particulares como agentes estatales, para el ejercicio de funciones administrativas y, transitoriamente, inclusive

de función pública como lo es la jurisdiccional, en la condición de conciliadores, árbitros y jueces de paz, sobre la base de que esta es propia y exclusiva del Estado. En este caso la legitimación está asignada directamente por la Ley 270 de 1996 al señalar inequívocamente que la expresión “funcionario o empleado judicial” comprende a los particulares que transitoriamente están investidos de la función jurisdiccional o que participen de la misma.”.

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / RAMA JUDICIAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / FUNCIÓN PÚBLICA / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / PARTICULARES QUE EJERCEN LA FUNCIÓN PÚBLICA / REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REGULACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / COMPETENCIA DEL CABILDO INDÍGENA**

*Problema jurídico 2: ¿La Rama Judicial representa al Estado en asuntos derivados de la responsabilidad patrimonial por errores jurisdiccionales contenidos en laudos arbitrales?*

**Tesis 2:** “[L]a Rama Judicial está legitimada en la causa en los casos de errores jurisdiccionales contenidos en decisiones proferidas por autoridades indígenas, a pesar de que estas no son servidores públicos y de que inclusive imparten justicia no con base en el ordenamiento jurídico estatal sino con apoyo en sus propios usos y costumbres. Los argumentos planteados, mutatis mutandis, son aplicables a este caso concreto (...) los particulares que ejercen transitoriamente función jurisdiccional y las autoridades indígenas se equiparan a agentes judiciales, pues, por autorización de la Constitución y de la ley ejercen función jurisdiccional en nombre y representación del Estado, por consiguiente, la Rama Judicial es la llamada a defender el interés jurídico que se discute en el proceso y a representar a la Nación, en los términos del inciso tercero del artículo 149 del CCA con independencia de si las respectivas demandas tienen o no vocación de prosperar, lo cual dependerá de cada caso concreto. Sostener que los árbitros no comprometen la responsabilidad del Estado con el ejercicio de jurisdiccional implica desconocer que la administración de justicia es una función estatal y que la justicia se administra “en nombre de la República de Colombia”, incluso cuando se trata de un laudo arbitral. Los artículos 1, 2 y 125 de la Ley 270 de 1996 definen la actividad jurisdiccional como una función y un servicio público esencial e intransferible a cargo del Estado y que tiene como propósitos basilares garantizar (i) la efectividad de los derechos de las personas, (ii) la convivencia pacífica y (iii) el orden público. (...) la Ley 270 de 1996-LEAJ extiende las normas de la responsabilidad por actividad jurisdiccional a los particulares que ejercen tal función por fuera de la Rama Judicial (artículo 74) y, por lo tanto, al definir el error no habla del error judicial o de la Rama Judicial, sino de error jurisdiccional como aquel cometido por “una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley” (artículo 66).”

**LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / RAMA JUDICIAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / FUNCIÓN PÚBLICA / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / PARTICULARES QUE EJERCEN LA FUNCIÓN PÚBLICA / REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REGULACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / COMPETENCIA DEL CABILDO INDÍGENA**

*Problema jurídico 3: ¿En qué escenarios la justicia arbitral compromete la responsabilidad patrimonial del Estado en el marco de sus decisiones arbitrales?*

**Tesis 3** “[C]uando se trata de los árbitros entra en juego la autonomía de la voluntad como elemento adicional

que hace que el estándar para identificar el error y, por consiguiente, condenar patrimonialmente a la Nación-Rama Judicial sea aún mayor o más exigente y que, por lo tanto, el Estado únicamente responda por equivocaciones graves que materialicen un error manifiesto de apreciación, que no puedan comprenderse dentro del margen de apreciación autónoma de los árbitros. En efecto, en virtud del principio de voluntariedad del arbitraje los particulares “renuncian” a la jurisdicción ejercida por jueces de la República para someter sus controversias a la decisión proferida por particulares en ejercicio de función jurisdiccional de forma transitoria, de modo que aquellos depositan una confianza adicional en estos al momento de ventilar el litigio, lo que confiere un grado mayor de autonomía al raciocinio arbitral que, salvo errores manifiestos de apreciación, no puede ser suplantado mediante recursos ante la Rama Judicial en donde se pretenda reabrir el debate zanjado por los árbitros o a través de la declaración de errores arbitrales, para efectos de condenar la responsabilidad del Estado y perseguir, de manera paralela o posterior, la responsabilidad personal de los árbitros. Lo anterior significa que el estándar de error que compromete la responsabilidad del Estado debe ser aún mayor cuando quien lo comete no son los jueces de la República sino los árbitros y, por consiguiente, se excluye el error si la interpretación es medianamente razonable, se apoya en el material probatorio y existe motivación en el laudo.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la responsabilidad del Estado por acción u omisión de los agentes estatales, ver sentencia de la Corte Constitucional, C 037 de 1996; C.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado por decisiones adoptadas en el ejercicio jurisdiccional, consultar sentencia del 27 de noviembre de 2017; Exp 37815; C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del 14 de marzo de 2018; Exp 2011-0606 (AG); C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y de la Corte Constitucional, C 450 de 1995; M.P. Antonio Barrera Carbonell, C 691 de 2008; M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C 037 de 1996; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sobre la actividad jurisdiccional de los árbitros, consultar sentencia del 5 de diciembre de 2007; Exp 15128; C.P. Ramiro Saavedra Becerra y de la Corte Constitucional; C 119 de 2020 y C 212 de 2017 y del Consejo de Estado, sentencia de 17 de octubre de 2013; Exp 23354; C.P. Mauricio Fajardo Gómez. En cuanto a la naturaleza de la acción de reparación directa por error jurisdiccional, consultar sentencia del 26 de julio de 2021; Exp 46218; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, del 26 de julio de 2021; Exp. 47633; C.P. Alberto Montaña Plata y del 14 de agosto de 2008; Exp 16594; C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en el marco de las decisiones arbitrales, consultar sentencia de la Corte Constitucional T 466 de 2011 y SU 174 de 2007.

**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: 13001-23-31-000-2005-01670-01(39798)**

**Aclaración de voto. C.P. Martín Bermúdez Muñoz**

**ACLARACIÓN DE VOTO / PARTICULAR QUE EJERCE FUNCIÓN JUDICIAL TRANSITORIA / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO OCASIONADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / EXISTENCIA DEL DAÑO / LAUDO ARBITRAL / REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO / EJERCICIO DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE**

**Tesis:** [E] artículo 74 de la Ley 270 de 1996, leído conjuntamente con el artículo 90 de la Constitución Política (C.P.) y con el condicionamiento introducido por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, no permite imputarle responsabilidad al Estado por las decisiones de los árbitros, porque éstos no tienen la condición de agentes estatales. (...) la función jurisdiccional está a cargo del Estado; que la ley la califica de servicio público esencial; que los árbitros al proferir un laudo arbitral ejercen funciones jurisdiccionales; y que sus decisiones deben ser ejecutadas por los jueces de la República y son susceptibles del recurso de anulación y de la acción de tutela. Tales circunstancias no permiten deducir la responsabilidad del Estado por los perjuicios

que causen los errores judiciales contenidos en los laudos arbitrales, porque los árbitros son elegidos por las partes y no tienen la condición de agentes estatales. El Estado debe responder por los daños antijurídicos causados por las decisiones de los jueces, porque se trata de daños que le son imputables debido a que los jueces son agentes estatales y causan el daño con ocasión al ejercicio de sus funciones. Los jueces son agentes estatales porque son designados por el Estado para que ejerzan tal función y es esta circunstancia la que lo hace responsable de los daños que causen, a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la C.P. A diferencia de lo que ocurre con los jueces, los árbitros no son designados por el Estado: son designados por las partes, que delegan en ellos la función de administrar justicia en el caso objeto del pacto arbitral y derogan, para ese caso, la jurisdicción que por regla general ejercen las autoridades públicas.

**ACLARACIÓN DE VOTO / EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL / ACTIVIDAD JUDICIAL / FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ARBITRO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO / EJERCICIO DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / ASPECTOS JURÍDICOS DEL ARBITRAJE / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / SUJETOS EN EL ARBITRAJE / NATURALEZA JURÍDICA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**Tesis:** [N]o basta con que los árbitros ejerzan transitoriamente la función jurisdiccional para que el Estado deba responder patrimonialmente por los daños que causen al proferir sus decisiones: la condición especial que prevé la ley para que el Estado deba responder es que el particular que ejerce transitoriamente funciones tenga la condición de agente del Estado. Determinados particulares ejercen transitoria y excepcionalmente funciones jurisdiccionales o participan de la función de administrar justicia, como los conjuces o los auxiliares de la justicia, que son designados por funcionarios estatales y por ende se consideran <<agentes del Estado>>. El Estado puede ser condenado por errores en sus decisiones o por daños causados en el ejercicio de sus funciones, porque tienen la condición de <<agentes estatales>> en la medida en que, aun si son particulares que ejercen transitoriamente estas funciones, son designados por un funcionario público en representación del Estado y eso les otorga la condición de agentes estatales. Al tener tal condición, el Estado debe responder por los daños que causen en ejercicio de sus funciones y repetir en su contra en la misma forma que lo hace frente a los <<funcionarios o empleados judiciales>>. Los árbitros no son agentes estatales porque no son designados por el Estado. El artículo 116 de la C.P. autorizó a los particulares para que ellos mismos designen a otros particulares que resolverán determinada controversia en derecho o en equidad. Quienes hacen uso de esta facultad mediante la celebración de un pacto arbitral deciden sustraer la resolución de determinado conflicto del conocimiento de la jurisdicción estatal y voluntariamente acuerdan que sean otros particulares, designados por ellos mismos, quienes lo hagan. A la luz del artículo 90 de la C.P. no hay ninguna razón para imputarle al Estado los daños que sufran como consecuencia de una decisión que ellos mismos han adoptado.

*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: 13001-23-31-000-2005-01670-01(39798) AV Martín Bermúdez Muñoz*

## **2. La simple expedición del auto que aprueba el acuerdo conciliatorio no es suficiente para presumir la culpa grave en el medio de control de repetición**

**Síntesis del caso:** *La demanda que dio origen al proceso fue interpuesta el 16 de diciembre de 2013 por el Ministerio de Defensa Nacional. Se dirigió contra [un miembro de la fuerza pública] para obtener el reintegro de lo pagado por la entidad el 30 de agosto de 2011 como consecuencia de la conciliación aprobada por el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena mediante providencia del 16 de febrero de 2011.*

**PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE – Si proviene de violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho puede estructurarse cuando la condena se fundamenta en una decisión adoptada en un acto administrativo / AUTO QUE APRUEBA EL ACUERDO DE CONCILIACIÓN – No configura la presunción de culpa grave / CULPA GRAVE – No probada / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA TRASLADADA**

*Problema Jurídico: ¿Puede configurarse la presunción de culpa grave a partir de la expedición del auto que aprueba el acuerdo de conciliación ante el medio de control de repetición?*

**Tesis:** El [L]a presunción de culpa grave proveniente de la “violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho” puede estructurarse cuando la condena se fundamenta en una decisión adoptada en un acto administrativo en la cual puede haberse incurrido en este supuesto. En un caso en el que la responsabilidad se deriva de un “hecho” causado por el agente, la obligación de reparar proviene de la causación de un daño antijurídico por parte del citado agente, que le resulte imputable a la entidad. En todo caso, el auto que aprobó el acuerdo conciliatorio y dio origen a la obligación a cargo de la entidad no permite estructurar de ninguna manera la presunción, porque esa providencia en forma expresa señaló que “lo relevante para establecer la responsabilidad de la administración es la presencia del daño y la relación causal entre este y aquel, no siendo necesario ahondar en la culpa del agente causante del mismo, pues, en este tipo de regímenes es irrelevante dicho análisis”. (...) Para demostrar la culpabilidad del demandado, la entidad demandante (i) aportó el auto de evaluación y archivo de la indagación preliminar disciplinaria proferido por el comandante del Batallón Especial Energético Vial No. 5 el 28 de agosto de 2008 y (ii) solicitó el traslado del proceso penal contra el demandado. El auto de evaluación y archivo de la indagación disciplinaria contiene extractos de varias declaraciones practicadas en ese trámite, incluida una del demandado (...). Si bien de conformidad con los artículos 185 y 229 del C.P.C.12 esas declaraciones podían haber sido trasladadas a este proceso sin necesidad de ratificación porque el demandado fue parte de ese trámite, la parte actora no las allegó ni solicitó su traslado, sino que se limitó a aportar la providencia que puso fin al proceso disciplinario. La Sala no puede valorar los extractos de los testimonios que obran en la providencia porque la copia aportada solo permite probar la decisión que se adoptó en ella, que fue el archivo de la investigación disciplinaria. El expediente del proceso penal adelantado contra el demandado (...) sí fue trasladado a este trámite. Sin embargo, a partir de esas piezas no puede tenerse por demostrada la conducta gravemente culposa que le fue imputada.

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de enero de 2021, C. P. Freddy Ibarra Martínez, radicación 13001-23-33-000-2013-00588-01(58938).*

**Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata**

**SALVAMENTO DE VOTO / PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE / CONCILIACIÓN – Si el origen de la obligación de pago está contenida en una conciliación, no impide aplicar la presunción de culpa grave o dolo**

**Tesis:** “[S]alvo mi voto en la Sentencia de la referencia, pues considero que debía aplicarse la presunción de culpa grave prevista en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001 invocada en la demanda, esto es, la violación manifiesta e inexcusable de normas de derecho, en la medida que la entidad estructuró la presunción y acreditó el supuesto de hecho que la soportaba con la argumentación expuesta en la demanda y las pruebas aportadas al proceso. Contrario a lo expuesto por la Sentencia, considero que el origen de la condena, en este caso una conciliación, no era óbice para el uso de las presunciones toda vez que la entidad argumentó que el demandado vulneró el decálogo de uso de armas al quitar el dispositivo de seguridad de su arma y sin orden expresa disparó; si bien, en el Auto que aprueba la conciliación no se hizo referencia a la culpa grave del agente sí se hizo alusión a las circunstancias que rodearon el hecho, y por lo tanto a la conducta desplegada, y además obraban en el expediente otras pruebas que demostraban el supuesto de hecho de la presunción, como el Auto de evaluación

y archivo de la indagación preliminar disciplinaria, la atención médica que recibió la víctima y la instrucción técnica que recibió el demandado sobre uso del uso de armamento. (...) Como consecuencia de la estructuración de la presunción invocada por la entidad y ante la falta de defensa del demandado, consideró que se debía acceder a las pretensiones de la demanda y condenar al agente estatal.”

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de enero de 2021, C. P. Freddy Ibarra Martínez, radicación 13001-23-33-000-2013-00588-01(58938).*

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

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE - La vulneración de una norma de derecho no solo puede darse por la expedición de un acto administrativo que luego es declarado nulo**

**Tesis 1:** “Si bien comparto la decisión de confirmar la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, no estoy de acuerdo con la sustentación esgrimida en el fallo para la no aplicación de la presunción del numeral 1 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001 relativa a la “violación manifiesta e inexcusable de normas de derecho”. Se dice en la sentencia que no puede aplicarse esa presunción porque el sustento de la condena fue una conciliación donde no se valoró el comportamiento del funcionario contra quien se repite y, además, por cuanto el tipo de responsabilidad imputada solamente puede devenir de la expedición de un acto administrativo posteriormente declarado nulo. Frente a esas consideraciones estimo que la vulneración de una norma de derecho no solo puede darse por la expedición de un acto administrativo que luego es declarado nulo, sino también a partir de múltiples comportamientos del agente estatal (hechos u omisiones) que pueden contrariar el ordenamiento jurídico y provocar daño a un particular.”

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE - La vulneración de una norma de derecho no solo puede darse por la expedición de un acto administrativo que luego es declarado nulo**

**Tesis 2:** “Tampoco comparto que para la aplicación de la aludida presunción necesariamente deba existir una sentencia condenatoria emitida por un juez, pues tal como ocurre en el presente caso, la obligación de pago también puede sustentarse en una conciliación, además, se ha dicho que el juicio de repetición es independiente y que son las pruebas que se aporten en cada caso las que determinan si existe lugar a repetir contra el agente estatal y no siempre lo consignado en un pronunciamiento judicial condenatorio contra el Estado. Recuérdese que en muchas de las condenas que se profieren contra el Estado no se hace referencia específica al funcionario que dio lugar al daño ni a su conducta, solo a una falla anónima y en algunos eventos se aplican regímenes objetivos, sin que ello sea impedimento para que el juez de la repetición analice la conducta de los demandados frente a una vulneración de normas de derecho conforme a los cargos y las pruebas que en cada caso se le presenten. En ese sentido el argumento esgrimido para no aplicar la presunción debió ser diferente, debió consistir más bien en que la entidad demandante realizó una inadecuada construcción de los cargos de la demanda ya que no precisó qué normas específicas de derecho se vulneraron con la conducta del demandado, de manera que aplicar la presunción con dicho defecto de argumentación implicaba la vulneración del debido proceso del demandante.”

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 26 de enero de 2021, C. P. Freddy Ibarra Martínez, radicación 13001-23-33-000-2013-00588-01(58938).*

### **3. Todos los requisitos dentro de un proceso de selección son sustanciales para la adjudicación, por cuanto su no satisfacción genera consecuencias de fondo, el rechazo o la reducción de puntos.**

*Síntesis del caso:* La parte actora pretende la nulidad absoluta del contrato de consultoría, con fundamento en la nulidad de la resolución por medio de la cual el Distrito Capital adjudicó el concurso de méritos, así como de las decisiones que negaron la solicitud de revocatoria directa de dicha resolución, por adjudicarlo a un proponente que no cumplía con los requisitos del pliego de condiciones.

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE CONSULTORÍA / CELEBRACIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO / DISTRITO CAPITAL / ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO**

*Problema jurídico:* ¿Si se pretende la nulidad de los actos administrativos previos de adjudicación de un contrato adjudicado al momento de la presentación de la demanda, la acción procedente es la de controversias contractuales que trae como consecuencia de su prosperidad la nulidad absoluta del contrato?

*Tesis:* “Atendiendo a la naturaleza pública del Distrito Capital, es claro que esta controversia es de conocimiento de esta jurisdicción, en los términos del artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, vigente para cuando se presentó la demanda. Esta Corporación es la competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia, en atención a su cuantía, en los términos del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998. La acción contractual es la procedente, como quiera que para la fecha en la que se presentó la demanda, (...) el contrato de consultoría (...) aquí cuestionado por nulidad absoluta, ya se encontraba suscrito, razón por la cual, en los términos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, la nulidad de los actos previos demandados debía pedirse con fundamento en la nulidad absoluta del contrato consecuencial, como en efecto ocurrió.”.

**PROPUESTA DEL PROPONENTE / VALORACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / REQUISITOS HABILITANTES DEL PROPONENTE / EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / FACTORES DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / OBLIGACIONES DEL PROPONENTE / CORRECCIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN DEL OFERENTE / PUNTAJE DE CALIFICACIÓN EN CONCURSO DE MÉRITOS / EXPERIENCIA PROFESIONAL / PRUEBA DE LA EXPERIENCIA LABORAL / PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

*Problema jurídico 2:* ¿Cuáles son los documentos que pueden ser objeto de subsanación de la propuesta en el marco de una oferta contractual?

*Tesis 2:* “[D]ebe tenerse en cuenta que el proceso en estudio se abrió (...), fecha para la cual se encontraba vigente el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 (...). [L]a norma se refiere a la “ausencia de requisitos o la falta de documentos” para la futura contratación. En esa medida, se pueden subsanar aquellos requisitos o documentos que no se aportaron con la propuesta, pero que el proponente cumple. Además, equipara a los requisitos puntuables como aquellos necesarios para la comparación de las propuestas y, por consiguiente, como insubsanables. De lo anterior se sigue que los requisitos habilitantes (no puntuables), no son necesarios para la comparación y, por consiguiente, son saneables, es decir, que la entidad podrá pedir que se aporten los

requisitos o documentos que faltan en la propuesta. Los Decretos 66 y 2474 de 2008, aplicables al presente asunto, reglamentaron el parágrafo en cuestión en el sentido de precisar que no se podían subsanar requisitos de capacidad para presentar la oferta, ni acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso y que la propuesta que no anexara los documentos requeridos sería objeto de rechazo. En suma, los requisitos o documentos habilitantes o no puntuables faltantes en la propuesta se podían pedir, siempre que no se pretendiera probar la capacidad para presentar ofertas ni para acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. Es preciso aclarar que todas las normas en cita se refieren a los requisitos no necesarios para la comparación y a requisitos puntuables para efectos de la subsanabilidad, pero no así a los requisitos sustanciales o formales, como se adujo en la demanda y la apelación. Todos los requisitos dentro de un proceso de selección son sustanciales para la adjudicación, por cuanto su no satisfacción genera consecuencias de fondo, el rechazo o la reducción de puntos. Distinto es que unos sean habilitantes y otros sean puntuables. Es esto último lo que define si se subsanan o no.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la legitimación en la causa ver sentencia del 15 de febrero de 2012, Exp. 19880, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y en cuanto a la caducidad de la acción de controversias contractuales ver sentencia del 29 de enero de 2014, Exp. 30250, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

**Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 4 de febrero de 2021; C.P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-26-000-2008-00506-01 (48615)**

**Aclaración de voto. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico**

**ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACLARACIÓN DE VOTO / REQUISITOS HABILITANTES DEL PROPONENTE / OFERTA / REQUISITOS DE LA OFERTA / CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA / CONCURSO DE MÉRITOS / PARTICIPANTE EN CONCURSO DE MÉRITOS / GANADOR EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / PLIEGO DE CONDICIONES / FACTORES DE EVALUACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / REQUISITOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES / CAUSALES DE RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN / CALIFICACIÓN DE EXPERIENCIA DEL OFERENTE / EXPERIENCIA CONTRACTUAL DEL PROPONENTE / RECHAZO DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / RECHAZO DE LA OFERTA / RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN**

**Tesis:** “[E]s errada la afirmación que incorpora la sentencia, en el sentido de que la demandada actuó legalmente frente al cumplimiento de los requisitos habilitantes de la oferta presentada (...), lo cual, en todo caso, no cambia el hecho de que deban negarse las pretensiones de la demanda, dada la inexistencia de un cargo frente a la evaluación de los criterios de selección que justificó la adjudicación del concurso de méritos (...) a dicha empresa. Me parece que la reglamentación del Decreto 66 de 2008 (...), al establecer el no rechazo de una oferta por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego, preveía la posibilidad del rechazo por la ausencia de esos requisitos o documentos que simultáneamente verificaran o soportaran las condiciones del proponente o documentos de oferta y que constituyeran factores de escogencia. Es decir, si como lo acepta la sentencia, frente al personal mínimo, el requisito de la experiencia tenía una doble connotación, eso significaría que se cumplen las dos premisas unidas por la conjunción “y” de la norma reglamentaria entonces vigente, es decir: (1) verificaban condiciones del proponente y/o soportaban el contenido de la oferta; y (2) constituían factores de escogencia, contexto en el cual la oferta de (...) sí debía rechazarse al no satisfacerse las dos premisas”

**Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 4 de febrero de 2021; C.P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-26-000-2008-00506-01 (48615) AV Marta Nubia Velásquez Rico**

#### **4. El medio de control de controversias contractuales procede cuando estén presentes los elementos probatorios en torno al objeto y a las prestaciones mutuas, en contratos regidos por el derecho privado celebrados para la atención de desastres, su existencia se da por la presencia de la oferta y su correspondiente aceptación por quien tiene la capacidad para contratar.**

*Síntesis del caso:* Un contratista solicitó, entre otras pretensiones, los costos asociados a la mayor permanencia en obra causada por tres prórrogas al contrato, así como el costo de obras adicionales realizadas sin una modificación u orden previa de la entidad, y los costos de obras ejecutadas fuera del plazo de ejecución. Por su parte, la entidad demandó en reconvención por la falta de amortización del anticipo.

**PLAZO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / MULTA AL CONTRATISTA / CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / MORA / DEUDOR MOROSO / ACREEDOR / ENTIDAD ESTATAL / PERJUICIOS / CONTRATO ESTATAL / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / APLICACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO / INTERVENTOR / OBLIGACIONES DEL INTERVENTOR / REPRESENTANTE LEGAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / PRÓRROGA AUTOMÁTICA DEL CONTRATO ESTATAL / PRORROGA TÁCITA DEL PLAZO DEL CONTRATO ESTATAL / DERECHOS DEL CONTRATISTA / PAGO DE LA OBRA PÚBLICA / INDEXACIÓN**

*Problema jurídico 1:* ¿Si un contratista cumple con sus obligaciones contractuales por fuera del plazo de ejecución, y la entidad decide recibir la prestación que se le adeuda, resulta lógico que el contratista tenga el derecho de recibir la contraprestación de las prestaciones ejecutadas y recibidas a satisfacción, lo cual no libera al contratista de las consecuencias jurídicas de la mora?

*Tesis 1:* “[L]a Sala considera importante recordar que las entidades contratantes tienen múltiples alternativas cuando se enfrentan al retardo en el cumplimiento de las obligaciones por parte un contratista. Entre ellas se encuentran la posibilidad de multar al contratista, declarar el incumplimiento total o parcial, o, si las circunstancias lo ameritan, declarar la caducidad del contrato. De otra parte, si los hechos que motivan los retardos son ajenos a las partes, estas cuentan con la posibilidad de alterar por medio de modificaciones bilaterales el plazo, antes de la terminación del contrato; bien sea a través de prórrogas o de suspensiones. (...) El plazo de ejecución del Contrato, entre el (...) y el (...) era el término que tenía el contratista para el cumplimiento oportuno de su obligación principal: la ejecución de las obras. Una vez llegado el (...) el contratista debía, para cumplir en término, haber ejecutado todas las obligaciones derivadas del contrato (...) De lo contrario, se encontraría en mora, pues según el artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en mora. (...) Además, salvo que mediara una causal que eximiera su inexecución, el contratista habría incumplido sus obligaciones. (...) No obstante, una vez en mora, el deudor puede dar cumplimiento tardío a su obligación, salvo que se trate de un término esencial. Por lo anterior, el Código Civil prevé en su artículo 1610 que el acreedor puede exigir de un deudor moroso: 1) que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido, 2) que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor, o 3) que el deudor le indemnice los perjuicios

resultantes de la infracción del contrato. En cualquier caso, el acreedor además podrá exigir la correspondiente indemnización de perjuicios. (...) Como puede evidenciarse, nuestro ordenamiento jurídico permite que el deudor en mora pueda, a elección del acreedor, cumplir con la obligación principal. Se hace énfasis en este punto sobre el hecho de que el artículo 1610 permite estas tres opciones (...) [a elección] del acreedor, es decir, todo esto depende del interés, en este caso de la entidad estatal. (...) Por ello, si un contratista cumple con sus obligaciones contractuales por fuera del plazo de ejecución, y la entidad decide recibir la prestación que se le adeuda, resulta lógico que el contratista tenga el derecho de recibir la contraprestación de las prestaciones ejecutadas y recibidas a satisfacción. Lo anterior no implica que las entidades estatales estén obligadas a recibir las prestaciones ejecutadas fuera del plazo de ejecución. Tampoco quiere decir lo anterior que todas las obras ejecutadas fuera del plazo deban ser pagadas. De la misma manera, lo sostenido no significa que las entidades no puedan ejercer sus poderes excepcionales para declarar el incumplimiento de la obligación e imponer el pago de los perjuicios causados por entregar fuera del plazo. Menos aún, que no se puedan reclamar judicialmente tales perjuicios o que las partes no puedan realizar acuerdos sobre este asunto en la etapa de liquidación del contrato. (...) En consecuencia, el contratista tiene derecho a la contraprestación económica por la ejecución tardía de sus obligaciones. (...) En relación con esta decisión, la Sala considera relevante poner de presente que las obras inconclusas son un problema en toda la geografía nacional. Los inconvenientes son tan graves que el legislador creó, por medio de la Ley 2020 de 2020, el Registro Nacional de Obras Civiles Inconclusas, como un mecanismo para lograr concretar la destinación definitiva de esas obras. Si bien esta Ley no había sido promulgada para la época de los hechos, la Sala considera que la decisión que aquí se adopta se alinea con las finalidades del legislador, de las entidades contratantes, y de la ciudadanía en general, pues permite la conclusión de las obras con el fin de lograr concretar su destinación definitiva; lo cual redundaría en la satisfacción del interés general. (...) Sobre lo anterior, se considera necesario agregar que el cumplimiento tardío de las obligaciones no libera al contratista de las consecuencias jurídicas de la mora, como podría ser la indemnización de los perjuicios sufridos por la entidad. (...). Este cumplimiento tardío tampoco exime de la eventual responsabilidad, contractual o de otro tipo, que pueda corresponder al interventor o supervisor por no haber advertido de un posible incumplimiento durante el plazo de ejecución, o que pueda corresponder al representante legal de la entidad en caso de que no hubiera tomado las medidas conminatorias o sancionatorias en contra del contratista incumplido o potencialmente incumplido. (...) Asimismo, la Sala considera indispensable aclarar que este caso no se inscribe en el marco de una prórroga automática o tácita de los contratos estatales, pues la obligación cumplida tardíamente había nacido y era exigible, pero no se ejecutó en tiempo. (...)

## **COSTOS DE LA OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL / ACTO PROPIO / CONTRATO ESTATAL / PLAZO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / NEGOCIO JURÍDICO / CONTRATISTA / DERECHOS DEL CONTRATISTA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 2:** *¿Resulta procedente conceder los costos asociados a la mayor permanencia en obra cuando en las modificaciones al contrato se indicó que no habría lugar a las mismas o sobrecostos?*

**Tesis 2:** “El demandante reclamó judicialmente los costos asociados a la mayor permanencia en obra. La Sala debe analizar los documentos por medio de los cuales se modificó el plazo del contrato (...) Estas modificaciones indican que no habría lugar a adiciones de valor o sobrecostos para el Instituto y que el contratista no presentaría reclamación alguna por mayor permanencia en obra y la Sala no puede desconocer sus efectos y su fuerza vinculante, puesto que se trata de negocios jurídicos celebrados por las dos partes del contrato y en relación con los cuales no se observa, ni se alegó, ningún vicio de nulidad. (...) La solicitud del contratista, presentada con la apelación, de que no se aplicara la jurisprudencia de esta corporación sobre (...) [el efecto de las adiciones o los reclamos no considerados en ellas, pues esta normalidad fue absolutamente ajena a las circunstancias vividas en este contrato], no resulta procedente, en la medida en que cualquier decisión judicial en ese sentido implicaría desconocer un acuerdo entre las partes. (...) En primer lugar, esta solicitud no hizo parte de la demanda, sino que se trajo como argumento a propósito de la apelación. (...) En segundo lugar, la modificación examinada, según consta en sus considerandos, se hizo después de un procedimiento que incluyó: la solicitud por parte del contratista (...) Visto todo lo anterior, para la Sala las alegaciones relacionadas con las circunstancias

excepcionales y de anormalidad que hubieren impedido la consignación de salvedades o constancias, no se encuentran acreditadas, debido a que la modificación fue suscrita después de haberse surtido su trámite habitual. (...) Como consecuencia de lo señalado, se concluye que el contratista no tiene derecho al reconocimiento de los costos asociados a la mayor permanencia en obra derivados de la celebración de los adicionales (...)

**NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 31 de agosto de 2011, exp. 18080, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 20 de octubre de 2014, exp. 24809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 1 de julio de 2015, exp. 37613, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de junio de 2021, exp. 51529, C.P. Alberto Montaña Plata. Se pone de presente que este precedente no es compartido por el Magistrado Martín Bermúdez Muñoz y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 17 de marzo de 2021, exp. 41752, C.P. Alberto Montaña Plata.

**OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DE OBRA ADICIONAL / PLAZO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ENTIDAD ESTATAL / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / DEBERES DEL CONTRATISTA / CONTRATO ESTATAL / SOLEMNIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico 3:** *¿Para que proceda el reconocimiento de las obras adicionales necesarias para la ejecución del objeto contractual debe existir una modificación al contrato o una orden escrita, como consecuencia de la solemnidad de los contratos estatales, debía constar por escrito?*

**Tesis 3:** “El demandante solicitó el reconocimiento y pago de obras adicionales necesarias para la ejecución del objeto contractual que no fueron recibidas ni pagadas por la entidad contratante. (...) La Sala recuerda que es necesario que exista una modificación para que se condene a una entidad contratante a pagar obras adicionales. Ello es así, puesto que solamente con la modificación se entiende que el contratista tiene la obligación de ejecutarlas y la entidad la correlativa obligación de pagarlas. Esta es una consecuencia de la solemnidad que se exige para los contratos estatales y sus modificaciones; deben constar por escrito. Por tanto, en el caso concreto no puede accederse a esta pretensión, pues se trató, como reconoció el contratista, de obras que (...) [no tenía contratadas] (...) Adicionalmente, en el contrato (...) era necesaria una orden escrita del Instituto para que procediera el pago de las obras adicionales. En el expediente no obra copia de esa orden escrita, motivo por el cual no procede su pago. (...) Por otro lado, el demandante alegó, en su escrito de apelación, que tenía derecho al pago de conformidad con (...) [la Ley especial de emergencia]. Sobre este aspecto la Sala pone de presente que el contratista no presentó ninguna pretensión en este sentido, no hizo alusión a la legislación de emergencia en su demanda, ni fundamentó en ella las peticiones relacionadas con las obras ejecutadas durante el plazo de ejecución del contrato. Las pretensiones sobre este punto en la demanda, con claridad, se inscribieron en el marco de los mayores costos o costos adicionales en la ejecución del contrato (...) Por tanto, se desconocería la congruencia si en esta Sentencia se estudiara esta alegación, que aparece como una nueva pretensión, y que fue introducida en la apelación contra la providencia de primera instancia.”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de mayo de 1996, exp. 10151, C.P. Daniel Suárez Hernández; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007 exp. 15469, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 8 de julio de 2021 exp. 52045, C.P. Alberto Montaña Plata.

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

**OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DE OBRA ADICIONAL / PLAZO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ENTIDAD ESTATAL / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / DEBERES DEL CONTRATISTA / CONTRATO ESTATAL / SOLEMNIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE PRUEBA / FALTA DE PRUEBA / NEGACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

*Problema jurídico 1: ¿Para que proceda el reconocimiento de las obras adicionales necesarias para la ejecución del objeto contractual debe existir una reclamación escrita del contratista en el desarrollo del contrato?*

**Tesis 1:** “Aunque comparto la decisión de reconocer al contratista las obras realizadas por fuera del plazo contractual, que hacían parte del objeto del contrato y fueron recibidas a satisfacción por la entidad, no estoy de acuerdo con la decisión de negar las pretensiones de reconocimiento de los costos por mayor permanencia en obra por no haberse dejado salvedades en los actos de modificación del contrato. (...) Sin que exista norma legal que lo sustente, no puede exigírsele al contratista que plasme una reclamación en el desarrollo del contrato como presupuesto para formular pretensiones judiciales, así estas versen sobre hechos ocurridos antes de la suscripción de convenios modificatorios o suspensiones. La ley solo establece este requisito respecto del acta de liquidación bilateral. (...) Debe tenerse en cuenta, además, que el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 establece que al contratista no se le puede imponer como << la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste>>. En consecuencia, entender que el silencio equivale a una renuncia, implica desconocer la norma. (...) Esta norma también protege el acceso a la administración de justicia, que es lo que se restringe cuando la parte en un contrato renuncia a realizar judicialmente una reclamación. También incluye una disposición particular en relación con los contratos estatales, con el objeto de proteger los derechos del contratista y el interés público vinculado con la realización del contrato. (...) Si antes de la terminación del contrato se advierte que la obra no podrá ejecutarse dentro del plazo previsto y la entidad estima que lo anterior se generó por el incumplimiento del contratista, lo que normalmente ocurrirá es que solo firmará la prórroga si el contratista renuncia a reclamar perjuicios con ocasión de esta. Las acciones que una parte (la Contratante) puede realizar ante el incumplimiento de la otra, se consideran como una forma de resolver sus conflictos sin acudir al juez del contrato, y eso es precisamente lo que se pretende impedir con la prohibición legal. En este sentido, ante el incumplimiento del contratista, la entidad tendría las siguientes opciones: (...) - Si el contratista ha incumplido, la entidad no accede a prorrogar el contrato, la obra queda inconclusa y la entidad deberá demandar al contratista por los perjuicios que le causó. (...) - La entidad suscribe la prórroga pero la condiciona a que el contratista no realizará ninguna reclamación; lo cual está prohibido por la norma referida. Esta situación ilegal está siendo avalada por el juez del contrato al acoger la tesis de la sentencia de la referencia, pues no se estudia la pretensión, fundándose en un principio (no ir en contra de los actos propios) que evidentemente contradice la ley. (...) Considero que no se puede permitir que una entidad le cierre el paso a la reclamación del contratista. No puede considerarse que esta renuncia a una reclamación tenga el carácter de cosa juzgada en relación con los perjuicios que pudo haber sufrido el contratista con la modificación o suspensión del contrato. (...) Este es precisamente el alcance del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993. (...) Finalmente, no solo la idea de salvar el contrato justifica esta orientación; también la justifica el hecho de que una de las partes contractuales, la entidad, posee facultades excepcionales que le corresponde controlar al juez del contrato. Los privilegios provenientes de la lógica propia de estos contratos son los que pretende limitar la ley.”

*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 18 de noviembre de 2021; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 47001-23-33-001-2013-00363-01(61641)*

## **5. En materia contractual, la simple nulidad de los actos administrativos, por si solos no llevan la indemnización de perjuicios**

**Síntesis del caso:** El DEPARTAMENTO DE CASANARE ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista derivadas del contrato de consultoría N. 778 del 13 de mayo de 2010, declaró el incumplimiento del citado negocio jurídico; ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en el aludido contrato en contra del contratista; declaró el acaecimiento de los riesgos de los amparos de cumplimiento y de buen manejo y correcta inversión del anticipo; entre otros aspectos. El contratista sostuvo que las mencionadas resoluciones se expedieron violando su derecho al debido proceso y defensa, emanaron de una autoridad que carecía de competencia y que se extralimitó en sus funciones, entre otras razones; y que le ocasionaron perjuicios materiales e inmateriales.

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / APLICACIÓN DE LA NORMA PROCESAL / PRESUPUESTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO / AUTO QUE ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE GARANTÍA CONTRACTUAL**

**Problema Jurídico 1:** *¿La declaración de incumplimiento del contrato estatal por parte de la entidad contratante, mediante resolución motivada, a efectos de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria en contra del contratista, requería el previo desarrollo de trámite administrativo que respetara las garantías mínimas del debido proceso de este último?*

**Tesis 1:** En el caso bajo estudio, la Sala, al revisar el contenido de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, emitidas por el DEPARTAMENTO DE CASANARE, y el contenido del contrato de consultoría N. 778 de 2010, observa que el demandado ordenó hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima quinta del aludido contrato por la suma de \$52.938.289 en contra de CESAR AUGUSTO LONGAS JIMENEZ, por ende, la calificación que hizo el recurrente en la demanda orientada a que tal imposición recaía en “multas”, debe entenderse que ella hace referencia a la descrita cláusula penal pecuniaria. Realizada la anterior aclaración, esta Subsección denota que considerando la época en que se adelantó el procedimiento administrativo bajo análisis, cuya culminación tuvo lugar con la expedición de la Resolución N. 631 del 14 de octubre de 2011 que confirmó la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011, emitidas por el demandado, era aplicable el procedimiento contemplado en el Decreto 305 del 3 de diciembre de 2010 emanado del Gobernador del Departamento de Casanare (f. 1031-1038, C. 4), pues, independientemente que éste fue expedido con posterioridad a la expiración del contrato de consultoría, como se explicará en el siguiente epígrafe, contemplaba un trámite especial que desarrollaba lo prescrito en la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4828 de 2008, en cuanto al procedimiento “mínimo” que garantizara el debido proceso para declarar el incumplimiento contractual, imponer la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido y hacer efectivas las garantías otorgadas mediante póliza de seguro, lo cual, a juicio de la Sala, hace referencia al “modo” en que se podría reclamar los derechos derivados del negocio jurídico, que es una excepción a la regla general de que “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, según lo preceptuado en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887. En ese sentido, conforme al artículo 5 del citado Decreto 305 del 3 de diciembre de 2010, la administración, de manera previa a la expedición del respectivo acto administrativo declarativo del incumplimiento contractual, por medio del cual impuso la pena prevista en la cláusula penal pecuniaria al contratista incumplido, e hizo efectivas las garantías otorgadas mediante la póliza de seguro, debió adelantar un procedimiento (...) No puede pasar por alto la Sala, además, que el Decreto 305 prescribe que, en los eventos de incumplimientos contractuales cubiertos por garantías, que estas deben hacerse efectivas en los términos del artículo 14 del Decreto 4828 de 2008. Así las cosas, el aludido Decreto Departamental le exigía a la entidad contratante que iba a declarar el incumplimiento contractual, imponer la cláusula penal pecuniaria y hacer efectivas las garantías otorgadas mediante póliza de seguro, el cumplimiento previo de un procedimiento, en el que debía requerir a su contratista para que interviniera en el trámite y aportara las pruebas que quería hacer valer, resolver todas las cuestiones planteadas tanto al inicio como en su desarrollo, y notificarlo de su decisión motivada.

## **DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – Incumplimiento / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

*Problema Jurídico 2: La Sala procede a dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos, bajo a siguiente estructura: 2. ¿Las atribuciones de “control y vigilancia de la ejecución del objeto contratado” conferidas al supervisor, a través del contrato estatal, indican que este último estaba facultado por la entidad contratante para que realizara, en su representación, modificaciones al plazo contractual, como suscribir actas de suspensión y de reinicio?*

**Tesis 2:** En el sub examine, la Sala al revisar de manera rigurosa el material probatorio allegado al plenario encuentra que no hubo prueba alguna que demostrara que tanto el supervisor como el demandado hubiesen realizado los requerimientos al contratista, exponiendo las circunstancias fácticas detalladas y enunciando las normas o cláusulas presuntamente violadas, además de adjuntar los informes de interventoría y/o supervisión que sustentan el trámite, en los términos señalados en el Decreto 305 de 2010, de manera previa a la expedición de la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011. La omisión del DEPARTAMENTO DE CASANARE, conforme a lo antes expuesto, a juicio de la Subsección, es de tal gravedad que afectó no solo la validez de la actuación sino repercutió de manera negativa en la legalidad de las decisiones que adoptó, a través de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, pues, afectó materialmente los derechos del contratista, al cercenarle su derecho constitucional a la defensa y contradicción, al negarle la posibilidad de ser oído y de presentar pruebas de manera previa a las descritas decisiones. Así mismo, con su proceder, además de desconocer lo prescrito en la norma especial del Decreto 305 de 2010, el Departamento pasó por alto lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008, vigentes para la época en que se celebró el contrato de consultoría, que exigían a la entidad contratante surtir un procedimiento “mínimo” que garantizara el debido proceso del contratista, con antelación a la expedición del acto administrativo respectivo. La descrita irregularidad procedimental no resulta saneada con la oportunidad que se le brindó al contratista para instaurar recurso de reposición contra el primer acto administrativo (f.103-118, C. 11), toda vez que se le sorprendió con una decisión de tal envergadura, sin que se le permitiera de manera previa a su expedición conocer las razones de incumplimiento, a efectos de expresar sus puntos de vista y aportar las pruebas en su defensa, limitándose de manera injustificada su derecho fundamental al debido proceso administrativo.

## **DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – Incumplimiento / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

*Problema Jurídico 3: ¿Las actas de suspensión y de reinicio suscritas por el supervisor y el contratista produjeron el efecto jurídico de modificar el plazo del contrato?*

**Tesis 3:** En el sub examine, la Sala al revisar de manera rigurosa el material probatorio allegado al plenario encuentra que no hubo prueba alguna que demostrara que tanto el supervisor como el demandado hubiesen realizado los requerimientos al contratista, exponiendo las circunstancias fácticas detalladas y enunciando las normas o cláusulas presuntamente violadas, además de adjuntar los informes de interventoría y/o supervisión que sustentan el trámite, en los términos señalados en el Decreto 305 de 2010, de manera previa a la expedición de la Resolución N. 432 del 14 de julio de 2011. La omisión del DEPARTAMENTO DE CASANARE, conforme a lo antes expuesto, a juicio de la Subsección, es de tal gravedad que afectó no solo la validez de la actuación sino repercutió de manera negativa en la legalidad de las decisiones que adoptó, a través de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año, pues, afectó materialmente los derechos del contratista, al cercenarle su derecho constitucional a la defensa y contradicción, al negarle la posibilidad de ser oído y de presentar pruebas de manera previa a las descritas decisiones. Así mismo, con su proceder, además de desconocer lo prescrito en la norma especial del Decreto 305 de 2010, el Departamento pasó por alto lo preceptuado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 14 del Decreto 4828 de 2008, vigentes para la

época en que se celebró el contrato de consultoría, que exigían a la entidad contratante surtir un procedimiento “mínimo” que garantizara el debido proceso del contratista, con antelación a la expedición del acto administrativo respectivo. La descrita irregularidad procedimental no resulta saneada con la oportunidad que se le brindó al contratista para instaurar recurso de reposición contra el primer acto administrativo (f.103-118, C. 11), toda vez que se le sorprendió con una decisión de tal envergadura, sin que se le permitiera de manera previa a su expedición conocer las razones de incumplimiento, a efectos de expresar sus puntos de vista y aportar las pruebas en su defensa, limitándose de manera injustificada su derecho fundamental al debido proceso administrativo.

## **DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CARGA DE LA PRUEBA / DAÑO / RESARCIMIENTO DEL DAÑO / DAÑO MORAL / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

**Problema Jurídico 4:** *¿El demandante cumplió con la carga probatoria que le impone la ley para demostrar la existencia del daño resarcible y los perjuicios?*

**Tesis 4:** El demandante en su petitum reclamó el reconocimiento y pago de perjuicios materiales e inmateriales, en particular el daño moral, y aquellos surgidos por la pérdida de oportunidad de participar en nuevos procesos contractuales con el Estado, en razón a la declaratoria de incumplimiento del contrato de consultoría N. 778 de 2010 que hizo el demandado, a través de las Resoluciones N. 432 del 14 de julio de 2011 y 631 del 14 de octubre del mismo año. De manera previa al estudio de las citadas pretensiones, la Sala hace la aclaración que la sola declaratoria de nulidad de las resoluciones atacadas, no trae como consecuencia inmediata el reconocimiento y pago de los perjuicios alegados, toda vez que el interesado debía acreditar la existencia del daño resarcible y los perjuicios causados por los citados actos administrativos, conforme a la carga probatoria que le exige el artículo 177 del CPC. En ese sentido, esta Colegiatura al revisar el expediente encuentra que el demandante no probó la existencia del daño moral fuente de algunos de los perjuicios que reclama en las pretensiones, en consecuencia, no era suficiente la mera afirmación por el interesado en la demanda y en el escrito de subsanación que sufrió un dolor interno profundo fruto del anonadamiento, tristeza, melancolía, insomnio, pérdida de apetito, conflicto de pareja, entre otras situaciones, en razón a la decisión adoptada por las aludidas Resoluciones o porque el demandado no le había pagado el precio, no obstante que cumplió con el objeto contratado, pues, se requería la prueba que acreditara tales dichos. Por lo tanto, la Sala negará la citada reclamación formulada por el demandante en el petitum

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 08 de octubre de 2021, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 85001-23-33-000-2013-00256-01(53195).*

## **6. Las teorías objetivas de responsabilidad se soportan más en criterios de solidaridad que en categorías de la responsabilidad civil del Estado.**

**Síntesis del caso:** *El 27 de febrero de 1997, las FARC detonaron un carro bomba cerca de la estación de policía del municipio de Apartadó, Antioquia. Los demandantes alegaron falla en el servicio y que no tenían el deber de soportar el atentado terrorista del grupo guerrillero. Se suscribió un acuerdo conciliatorio que fue improbadado por el Consejo de Estado.*

**CAUSACIÓN DEL DAÑO / REPARACIÓN DEL DAÑO / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ACTIVIDAD PELIGROSA / COMPETENCIA DEL JUEZ DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO /**

**PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD / PRINCIPIO DE EQUIDAD / PRESUPUESTOS DE LA FALLA DEL SERVICIO / DEBERES DEL ESTADO / USO LEGÍTIMO DE LA FUERZA / ACTO TERRORISTA / CARRO BOMBA / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / IMPROCEDENCIA DEL DAÑO ESPECIAL / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL / FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO RELATIVA**

**Problema jurídico:** *¿Cuál es el título de imputación de responsabilidad del Estado cuando el daño antijurídico es ajeno a su actuación legítima y proviene de las acciones armadas de los grupos al margen de la Ley?*

**Tesis:** “En los eventos en que el acto terrorista se dirige contra una institución representativa del Estado no procede la condena con fundamento en el daño especial, como se sostuvo en algunas decisiones. La jurisprudencia ha determinado que si una actuación legítima del Estado causa un perjuicio al imponer una carga especial o excesiva a un particular, debe indemnizarlo a título de daño especial. De no hacerlo, vulnera el principio de la igualdad ante las cargas públicas, pues ningún ciudadano debe sufrir otras cargas que las impuestas a los demás en interés social (...) La acción legítima del Estado debe ser la causa del perjuicio. Una “causalidad abstracta” -que impute el daño por los deberes jurídicos generales de las autoridades públicas- implicaría, en el fondo, una atribución ilimitada de responsabilidad: del ámbito de la responsabilidad civil del Estado, propio del juzgador, se trasladaría al de la solidaridad, el aseguramiento y la equidad, propios de la formulación de políticas públicas, y ajenos al juez de la administración. Como todos los ciudadanos se benefician de la seguridad y la protección del Estado y de las condenas cuando se incumplen estos deberes (falla del servicio relativa), también les corresponde soportar las cargas que se derivan de la existencia del Estado, incluidas, las consecuencias de las acciones armadas de los grupos al margen de la ley en su contra. Esta circunstancia descarta el daño especial, pues no se trata de una carga pública excesiva, dada la necesidad de la existencia del Estado y la exigencia que se le hace en cuanto a la protección de los derechos de los ciudadanos. También debe descartarse la imputación con fundamento en el riesgo excepcional, al que se refieren otros pronunciamientos, pues este tiene su origen en el ejercicio de actividades peligrosas, que reportan beneficios a quienes las ejercen y que justifican la obligación de indemnizar perjuicios cuando con ellas se ocasionen daños. (...) [E]n los casos en los que no se acredite falla del servicio en atentados, enfrentamientos o tomas guerrilleras, el daño resulta atribuible al hecho exclusivo y determinante de un tercero. La aplicación de teorías objetivas de responsabilidad en estos casos, se soporta más en criterios de solidaridad, que en las categorías de la responsabilidad civil del Estado. Estos títulos de imputación no son aplicables para definir a quién corresponde el deber de indemnizar por actos terroristas de terceros contra instituciones del Estado.”.

**PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CONCEPTO DE FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / REQUISITOS DE FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / AMENAZA A LA SEGURIDAD PERSONAL / LATENTE AMENAZA DE DAÑO / AMENAZA DE MUERTE DE GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / AMENAZA DEL DERECHO A LA VIDA / ACTO TERRORISTA**

**Problema jurídico 2:** *¿Cuáles son los eventos de procedencia de responsabilidad patrimonial del Estado por actos terroristas dirigidos contra instituciones representativas a título de falla del servicio?*

**Tesis 2:** “El Estado es responsable patrimonialmente por actos terroristas dirigidos contra alguna de sus instituciones representativas, por falla del servicio, si: (i) existían amenazas de la acción terrorista en relación con esa institución y las autoridades, competentes y con capacidad para contener el ataque, omitieron ese deber o brindaron las condiciones de seguridad de forma insuficiente o tardía. (ii) Si los actos eran previsibles y resistibles y, a pesar de ello, no se adoptaron las medidas necesarias e idóneas encaminadas a anticipar, evitar o mitigar el resultado dañoso. Un acto terrorista reviste un carácter irresistible si, a pesar de que se adoptaron las medidas de seguridad, el Estado no pudo impedirlo -dada su magnitud y la limitación de recursos y capacidades-, e imprevisible si no era posible advertir, por anticipado, su ocurrencia, es decir, que el acontecimiento sucedió de manera súbita y repentina. En suma, solo se configura la responsabilidad del Estado, si la entidad demandada tuvo conocimiento oportuno sobre la posible ocurrencia de un acto violento, o habría podido anticiparlo dadas las circunstancias específicas de orden público e información de inteligencia y, por ende, habría tenido la capacidad real de contenerlo o de mitigar los efectos lesivos, pero omitió ejercer oportunamente sus deberes jurídicos de seguridad y protección.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la procedencia de la acción de reparación directa, consultar sentencia del 17 de junio de 1993; Exp. 7303; C.P. Carlos Betancur Jaramillo y del 8 de marzo de 2007; Exp. 16421; C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En cuanto al valor probatorio de las copias simples de documento, consultar sentencia de 28 de agosto de 2013; Exp. 25022; C.P. Enrique Gil Botero, del 29 de mayo de 2012; Exp. 2011-01378 y del 22 de octubre de 2015; Exp. 26984. Sobre el valor probatorio de las pruebas extrajuicio, consultar sentencia del 29 de mayo de 2012; Exp. 2011-01378 y del 1 de marzo de 2006; Exp. 16587; C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En cuanto al valor probatorio de la prueba trasladada, consultar sentencia de unificación del 11 de septiembre de 2013; Exp. 20601; C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sobre los deberes y garantías del Estado y las autoridades, consultar sentencia de 11 de julio de 1969; Exp. 541; C.P. Carlos Portocarrero, de 11 de noviembre de 1990; Exp. 5737; C.P. Gustavo De Greiff Restrepo y de 29 de octubre de 1998; Exp. 10747; C.P. Ricardo Hoyos Duque y de 26 de noviembre de 2015; Exp. 34776. Sobre la responsabilidad del Estado por actos terroristas, ver sentencia de 16 de julio de 1980; Exp. 10134; C.P. Jorge Dangond Flores, de 17 de febrero de 1983; Exp. 3331, de 30 de julio de 1998; Exp. 17004 y del 30 de octubre de 1997; Exp. 10958; C.P. Ricardo Hoyos Duque. En cuanto a los títulos de imputación aplicables a actos de miembros al margen de la ley, consultar sentencia de 6 de octubre de 2005; Exp. AG-2001-00948-01, de 20 de junio de 2017; Exp. 18860, del 3 de noviembre de 1994; Exp. 7316, de 11 de diciembre de 1990; Exp. 5417 y de 8 de febrero de 1999; Exp. 10731; C.P. Ricardo Hoyos Duque. En lo referente al valor probatorio de la declaración de parte, consultar auto de 17 de julio de 2003; Exp. 24231; C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

**Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 8 de junio de 2021; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 05001-23-31-000-1999-00132-01(36221)**

**Salvamento de voto. C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas**

**SALVAMENTO DE VOTO / JUSTICIA RESTAURATIVA / MEDIDAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA / NATURALEZA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / VIOLACIÓN DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFLICTO EN LA RELACIÓN LABORAL / EXTRALIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN**

Tesis: [A] presente asunto le eran aplicables los lineamientos de la sentencia de unificación del 20 de junio de 2017, en la que la Sección Tercera consideró que “[p]ara que pueda imputarse responsabilidad a la administración a título de riesgo excepcional por los daños derivados de actos violentos de terceros, es necesario que el acto se haya dirigido en contra de altos funcionarios, bienes o elementos representativos del Estado y que el fundamento de imputación, esto es, el riesgo creado por la administración a la población civil o a sus bienes sea cierto y lícito y de naturaleza excepcional, es decir, caracterizado por exceder las cargas públicas en relación con el provecho o utilidad para el Estado y la sociedad” (subrayado añadido). En este asunto, la responsabilidad por los daños materiales e inmateriales irrogados a los demandantes con el atentado perpetrado en Apartadó el 27 de febrero de 1997 era, a mi juicio, imputable al Estado, aunque no bajo los elementos de un título subjetivo, sino específicamente bajo el título del riesgo excepcional.

**Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 8 de junio de 2021; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 05001-23-31-000-1999-00132-01(36221) SV Jaime Enrique Rodríguez Navas**

**Aclaración de voto. C.P. Nicolas Yepes Corrales**

**ACLARACIÓN DE VOTO / PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ALCANCE DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA / ACTO TERRORISTA / ATAQUE TERRORISTA / FUNCIONES DEL JUEZ / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / CONCEPTO DE FALLA DEL SERVICIO / PRESUPUESTOS DE LA FALLA DEL SERVICIO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE CARÁCTER OBJETIVO / DAÑO ESPECIAL / RIESGO EXCEPCIONAL / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD / ATAQUE POR GRUPO AL MARGEN DE LA LEY**

Tesis 1: [E]l título de imputación dentro de los casos en los que se alegue la responsabilidad estatal por hechos perpetrados por grupos al margen de la ley no se define, a priori, por tratarse de un “hecho terrorista”, sino que corresponderá al juez, frente a cada caso concreto, fijar el régimen aplicable y la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que se habrá de adoptar. Como corolario de lo anterior, los títulos de imputación aplicables por el juez deben guardar sintonía con la realidad probatoria que se presenta en el caso concreto de manera que la solución que se ofrezca atienda realmente los principios constitucionales que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, así como a los fines y deberes de éste. Esto no significa que en estos casos se avale una cláusula de responsabilidad ilimitada, lo que ello busca es darle efecto útil a lo reglado en el artículo 90 Superior, que como se dijo, no privilegió ningún título de imputación y, por ende, impide que, en estos casos, el juez se limite el estudio a uno solo, esto es, la falla del servicio. (...) pese que la falla en el servicio “ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado”, incluso tratándose de actos violentos de terceros, lo cierto es que, en estos eventos, excepcionalmente y según el caso, se ha aceptado la inclusión de otros títulos de responsabilidad objetivos de imputación. En tanto, será el juez de cara a los hechos probados y demás particularidades del caso concreto, el que determinará el título de atribución aplicable, sin estar circunscrito únicamente a la falla del servicio, como lo afirma la sentencia objeto de aclaración.

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ATAQUE TERRORISTA / ACTO TERRORISTA / ATAQUE TERRORISTA / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / FUNCIONES DEL JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE CARÁCTER OBJETIVO / TEORÍA DEL RIESGO / RIESGO EXCEPCIONAL / DAÑO ESPECIAL / FALLA DEL SERVICIO / FINES DEL ESTADO / DEBERES DEL ESTADO**

Tesis 2: [S]i bien en los años noventa, la jurisprudencia del Consejo de Estado cimentó las condenas estatales por actos terroristas en el principio de solidaridad, ello no significa que los regímenes objetivos de imputación no correspondan al derecho de daños, pues dichos títulos son aceptados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como idóneos, en aquellos casos en los que la falla del servicio resulta insuficiente o inadecuada para determinar la imputación del hecho dañoso. (...) En efecto, los regímenes objetivos de imputación responden a una teoría de la responsabilidad acuñada a principios del siglo XX, fundada en la protección a la víctima del hecho dañoso, bajo la idea de que todo daño debe ser reparado con independencia de si el agente actuó o no con culpa, y que, por consiguiente, analiza quien debe responder por el daño sufrido cuando no puede ser atribuido a título de culpa. Es por esta razón por la que, primigeniamente, se sustentó, en la denominada “teoría del riesgo”. Así pues, los denominados títulos objetivos tienen como propósito fundar la responsabilidad en conceptos como la teoría del riesgo, el desbalance de las cargas públicas y el principio de confianza, entre otros, cuando la culpa o negligencia no son suficientes para sustentar el juicio de responsabilidad. Bajo este panorama es claro que, contrario a lo asegurado en la sentencia objeto de aclaración, los títulos de imputación objetivos se encuentran comprendidos en el concepto de derecho de daños; cosa distinta es que aquellos solo apliquen eventualmente, de un lado, cuando la falla del servicio no permita sustentar la condena, y de otro, cuando el juez, en aplicación del principio iura novit curia y dadas las condiciones de cada caso concreto,

considere que debe aplicarse determinado título de imputación para que la solución que se ofrezca atienda realmente los principios constitucionales que rigen la responsabilidad extracontractual del Estado, así como a los fines y deberes de éste.

**ACLARACIÓN DE VOTO / DAÑO CAUSADO POR HECHO DEL TERCERO / IMPREVISIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / INEXISTENCIA DEL HECHO DEL TERCERO / IRRESISTIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / REQUISITOS DEL HECHO DEL TERCERO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / CAUSAL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

**Tesis 3:** [E]l hecho del tercero es un eximente de responsabilidad que busca “romper” la imputación, y no se puede configurar de manera automática, sino que requiere de la acreditación de los elementos que lo configuran. (...) aunque fácticamente podría concluirse que los hechos terroristas siempre serán causa de un tercero, pues resulta evidente que fueron cometidos por un grupo armado al margen de la ley, lo cierto es que desde el punto de vista jurídico corresponde verificar que en efecto se materializó la causal eximente de responsabilidad, es decir, corresponde establecer conforme a las pruebas y demás elementos de convicción que: i) la única causa del daño es el hecho del tercero; ii) que el daño es imputable a ese tercero así no esté identificado y iii) que sea imprevisible e irresistible y solo en la medida que esto quede acreditado podrá hablarse de la configuración del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad. En consecuencia, contrario a lo afirmado por la sentencia del 8 de junio de 2021, el simple hecho de no encontrar acreditada la falla en el servicio no deriva, al menos no automáticamente, en la configuración de la causal eximente de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de un tercero.

*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 8 de junio de 2021; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 05001-23-31-000-1999-00132-01(36221) AV Nicolás Yepes Corrales*

## **7. Como medida cautelar se suspende el régimen sancionatorio contenido en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía**

**Síntesis del caso:** El 11 de octubre de 2021, el [demandante], en ejercicio del medio de control de nulidad, en escrito separado de la demanda formula medida cautelar de suspensión provisional de unas normas contenidas en el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía relacionadas con el régimen sancionatorio en materia de hidrocarburos

**ACCIÓN DE NULIDAD / ACCIÓN DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD / ALCANCE DE LA ACCIÓN DE NULIDAD / EFECTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD / CONCEPTO DE ACCIÓN DE NULIDAD / OBJETO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO / ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / OPORTUNIDAD DE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / PRINCIPIO FUMUS BONI IURIS / PRINCIPIO PERICULUM IN MORA / DECRETO COMPILATORIO / SERVICIOS PÚBLICOS / DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLE LIQUIDO DERIVADO DEL PETRÓLEO / MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / FACULTADES DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / FACULTAD SANCIONATORIA DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / RÉGIMEN DEL MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / POTESTAD**

## SANCIONATORIA DEL ESTADO / CARÁCTER REGLADO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / DERECHO A SANCIONAR / DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

**Problema Jurídico:** *Le corresponde al despacho estudiar si cada una de las disposiciones, segmentos o expresiones demandadas viola las normas superiores invocadas en la solicitud de medida cautelar, en consonancia con los cargos allí planteados.*

**Tesis:** De acuerdo con el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procede cuando del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas en la demanda o en la solicitud realizada en escrito separado o del estudio de las pruebas allegadas esa petición, surja la violación de aquellas. (...) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en providencia de 17 de marzo de 2015, al resolver por importancia jurídica un recurso de súplica interpuesto contra un auto que decretó la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, analizó la diferencia entre los requisitos para decretar una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y los requisitos para las demás clases de medidas cautelares que establece el artículo 230 del CPACA, providencia en la que, respecto de estas últimas, se refirió a los criterios<sup>7</sup> que las gobiernan, específicamente los de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, *periculum in mora* o perjuicio de la mora y la ponderación de intereses. (...) [L]a Sección Primera de la Corporación ha indicado que los criterios de *fumus boni iuris* y *periculum in mora* deben acreditarse en todo tipo de medidas cautelares (no solamente en las de carácter preventivas, conservativas y anticipativas sino también en las suspensivas), por cuanto estos criterios hacen parte de la esencia de las medidas cautelares para garantizar la tutela judicial efectiva. [L]as normas objeto de la solicitud de medida cautelar y de la demanda fueron compiladas en el Decreto 1073 de 2015, lo que implica que el análisis de legalidad deba realizarse con fundamento en las leyes vigentes para la fecha en que fueron expedidos los decretos contentivos de aquellas (...) [C]abe advertir que la circunstancia de que unitariamente en el Decreto 1073 de 2015 hubieran sido compiladas normas que, en la mayoría de casos, reglamentaron leyes distintas, no significa en lo absoluto que respecto de todo el conjunto de esas normas pueda derivarse una base común reglamentada. Así, por ejemplo, según se verá, la mayoría de las normas compilatorias demandadas corresponden a reglamentaciones de leyes que versan sobre el régimen para la distribución de los combustibles líquidos derivados del petróleo, sin perjuicio de que se encuentren, en una menor proporción, otros grupos de leyes que conciernan a materias distintas a aquella. (...) De acuerdo con lo anterior, por una parte, el hecho de que varias de las leyes que reglamentaron los decretos objeto de compilación han sido modificadas por leyes posteriores, tuvo incidencia en el contenido compilatorio del Decreto 1073 de 2015, en el que, por ejemplo, se respeta el contenido esencial de las normas originales, sin perjuicio de que aparezcan referencias actualizadas a las nuevas entidades competentes, si las hubiere (...) [Para] la parte actora, la derogatoria de la Constitución de 1886, con todas sus reformas, que expresamente dispuso la Constitución Política de 1991 produjo ese mismo efecto en todas las normas –legales *stricto sensu* y reglamentarias– con origen en ese ordenamiento jurídico anterior, [como] en el caso del Decreto 1056 de 1953, las Leyes 10 de 1961, 56 de 1981, 39 de 1987, 26 de 1989 y 19 de 1990 y los decretos que las reglamentaron. (...) La demanda hace una distinción sobre el cargo, al indicar que (...) lo primero concierne a las normas de los decretos compilados en el Decreto 1073 de 2015 y lo segundo a las normas legales con base en las cuales aquellos se expedieron. (...) El despacho considera equivocadas las premisas de este cargo (...) en primer lugar, puesto que el artículo 380 constitucional es suficientemente claro en restringir la derogatoria a la Constitución anterior, con sus reformas, es decir, aquél circunscribió dicho efecto a las normas constitucionales, no a las legales ni reglamentarias expedidas en vigencia de aquellas; en segundo lugar, puesto que en un sinnúmero de oportunidades, en vigencia de la Carta Política vigente, la Corte Constitucional ha ejercido el control de constitucionalidad frente a normas con fuerza material de ley proferidas mientras la Constitución de 1886 estuvo en vigor, contexto en el que, (...) esa Corporación nunca ha considerado que exista siquiera una ausencia o carencia de objeto –lo que sería propio de una demanda contra norma(s) derogada(s)– y, por el contrario, dicho control ha procedido, confrontándose, eso sí, las normas demandadas únicamente frente a la Constitución de 1991. (...) [En suma], la promulgación de la Constitución Política de 1991 no implicó una derogatoria automática de las normas promulgadas en vigencia de la Constitución de 1886, por lo que, no siendo cierta la referida ausencia de norma de rango legal, la reglamentación correspondiente no devino huérfana de un fundamento de ley (...), lo que evidencia que no es posible que se deduzca con ligereza la derogatoria automática alegada por la

parte actora, sino que se requiere de un ejercicio analítico de la autoridad competente que permita determinarlo. [Entonces], en lo que atañe a este cargo, no existe ninguna vulneración normativa que configure los elementos exigidos para acceder a la medida cautelar de suspensión provisional. (...) En materia del servicio público de distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo (...), [aquellos] ha sido regulado en el ordenamiento jurídico colombiano (...). El artículo 212 del Decreto 1056 de 1953 estableció que, dado que el transporte y la distribución del petróleo y sus derivados constituyen un servicio público, las personas o entidades dedicadas a esa actividad deberán ejercitarla de conformidad con los reglamentos que dicte el Gobierno en guarda de los intereses generales (...). A su turno, la Ley 39 de 1987 estableció en sus artículos 4 y 8 que la inobservancia de sus normas conllevaría la imposición de las sanciones determinadas por el Gobierno Nacional en los reglamentos que expidiera, previo el adelantamiento del procedimiento en ellos indicado (...). En ese mismo contexto, el artículo 3 de la Ley 26 de 1989 vino a establecer un marco general para el régimen sancionatorio aplicable frente a la transgresión de las normas sobre el funcionamiento del servicio público de distribución de CLDP y a la de las órdenes del Ministerio de Minas y Energía sobre esa misma materia (...). [D]e forma general, consagró no solo los cuatro tipos de sanciones que debe imponer el Ministerio de Minas y Energía a los “establecimientos de distribución” de CLDP que transgredan las normas o las órdenes del Ministerio de Minas y Energía sobre el funcionamiento del servicio público en cuestión, sino también las etapas del procedimiento administrativo previo que puede culminar con la imposición de aquellas. (...) Ahora bien, según lo ha reconocido jurisprudencia constitucional y la de esta Corporación, la reglamentación de la materia concerniente al funcionamiento del servicio público de distribución de CLDP implica disponer de un conocimiento especializado y técnico, dados los altos riesgos que aparea su manejo, por lo que para la Corte Constitucional “(...) resulta ajustado a la Constitución que sea la ley la que establezca los lineamientos generales sobre este asunto, pero que corresponda al Presidente, a través de la dependencia competente y concedora del asunto, clasificar y reglamentar en detalle lo pertinente a tal distribución”, consideraciones que evidencian, además, como el principio de la reserva de ley tiene un contenido relativo y no absoluto. (...) La Corte Constitucional, tratándose del derecho administrativo sancionador, destaca esas razones de especialidad, en el entendido de que le compete a la reglamentación y no a la ley, la descripción detallada de las conductas objeto de sanción (...). [Ello] implica que el legislador sancionatorio está facultado para tipificar las conductas en un sistema “numerus apertus” –caracterizados por descripciones amplias y genéricas en cuya textura abierta no se agotan los términos de su propia prescripción, sino que admiten la acumulación o inclusión de nuevas categorías–, sin que, en ningún caso, pueda permitirse que el grado de oscilación de la norma sancionatoria sea completamente indeterminado. (...) En ese contexto no puede perderse de vista que la facultad sancionadora se ha llegado a considerar como uno de los elementos que definen la capacidad de intervención del Estado en la economía (...). Como consecuencia y parafraseando a esta Corporación, la sanción constituye un complemento indispensable de los reglamentos, permisos, autorizaciones y prohibiciones, puesto que los sectores administrativos requieren no sólo de la existencia de micro ordenamientos jurídico-administrativos que los regulen de manera específica y que delimiten el halo competencial que corresponde a la administración, sino además de herramientas que garanticen la eficacia de las normas que los rigen y, en caso de ser necesario, reaccionar ante comportamientos que las vulneren. (...) A este respecto, la directriz del artículo 3 de la Ley 26 de 1989, consistente en que las conductas objeto de sanción deben corresponder a normas que versen sobre el funcionamiento del servicio público de distribución de CLDP, se complementa con algunas normas generales, orientadas a delimitar esos elementos básicos que materializan la variada gama de infracciones desarrolladas en el plano reglamentario. (...) En virtud de lo anterior, le asiste razón a la parte actora en que las normas legales que reglamentó el artículo 23 del Decreto 3683 de 2003 –compilado en el artículo 2.2.1.1.1.9. del Decreto 1073 de 2015– no prevén los elementos exigibles en materia del derecho administrativo sancionatorio y, como consecuencia, se accederá a la solicitud de suspensión del inciso 10º del párrafo 2 del artículo 2.2.1.1.1.9. del Decreto 1073 de 2015. (...) [De otro lado], sí existe una vulneración normativa que configura los elementos exigidos para acceder a la medida cautelar de suspensión provisional en relación con los literales f) del artículo 2.2.3.5.2.2.1.1. y a) del artículo 2.2.3.5.2.2.1.4. del Decreto 1073 de 2015. (...) [Finalmente], en todo lo demás, la medida cautelar solicitada por la parte actora será negada.

**Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 22 de febrero de 2022, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación 11001-03-26-000-2021-00207-01(67621).**

## **8. El pago extemporáneo de las cuentas de cobro en el contrato de suministro de energía da lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios, pero no configura una causal de terminación anticipada, ni da lugar a la aplicación de las cláusulas penales.**

*Síntesis del caso:* En virtud de contrato de suministro de energía, la sociedad contratada pretende que se declare el incumplimiento del contrato por parte de la Empresa de Servicios Públicos, frente al prepago oportuno del suministro de energía correspondiente al mes de diciembre de 2009, la elaboración de las notas de crédito, se disponga su terminación, se ordene el pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento, hagan efectivas las cláusulas penales y se condene al pago correspondiente al suministro de energía eléctrica de dicha mensualidad, así mismo, que se condene al pago de intereses moratorios y se ordene a la demandada realizar la liquidación de los contratos.

**CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO DE ENTIDAD ESTATAL CON PARTICULARES / EFICIENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / RÉGIMEN EXCEPTUADO DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO**

*Problema jurídico:* ¿Cuál es el régimen legal aplicable a los contratos estatales que involucren la prestación de servicios públicos?

Tesis: “[C]onviene precisar el marco legal aplicable a los contratos de suministro de energía eléctrica (...). Al efecto, de acuerdo con la naturaleza de las Centrales Eléctricas del Cauca -CEDELCA S.A. E.S.P., el régimen de sus contratos es el previsto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 (...). Bajo el anterior contexto normativo, los contratos celebrados por las entidades estatales que prestan servicios públicos, de los que trata la Ley 142 de 1994, por regla general no están sujetos a las disposiciones previstas en el estatuto de contratación de la administración pública, salvo que la misma ley disponga algo contrario, así como también en aquellos casos en los cuales los entes territoriales celebren contratos con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos o para que sustituyan la prestación de otra empresa que entró en causal de disolución o liquidación. De otro lado, el parágrafo del artículo 8º de la Ley 143 de 1994, dispone que el régimen de los contratos celebrados por las empresas públicas que presten el servicio de electricidad será de derecho privado.”.

**CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / CUENTA DE COBRO / CUENTA DE COBRO POR CONTRATO ESTATAL / NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUENTA DE COBRO / PRESENTACIÓN DE LA CUENTA DE COBRO / PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MORA EN PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PRUEBA DEL PAGO / MORA EN EL PAGO / INTERESES MORATORIOS POR NO PAGO OPORTUNO / EXIGIBILIDAD DEL INTERÉS MORATORIO / RECONOCIMIENTO DEL INTERÉS MORATORIO / PROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO / IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO**

**Problema jurídico 2:** *¿El retardo de las obligaciones contractuales constituye causal de terminación anticipada del contrato y el reconocimiento de las cláusulas penales pactadas?*

**Tesis 2:** “[L]a Sala considera que el retardo en el pago, en los términos acordados por las partes, da lugar a la causación de intereses moratorios, pero no configura una causal de terminación anticipada de los contratos que pudiera ser invocada por AREMARI S.A. E.S.P para suspender el suministro de energía (...), así como tampoco da lugar al reconocimiento de las cláusulas penales pactadas, pues aquella hace referencia a la falta absoluta del prepago correspondiente al suministro de energía o a la falta de cancelación oportuna de un documento de cobro de ajuste, diferenciando entonces distintas situaciones de impago de la obligación. (...) [E]n el caso concreto se presentó una mora en el prepago de la energía a suministrarse (...), es decir, un incumplimiento tardío de la obligación, mas no un incumplimiento total o definitivo en el pago de las referidas cuentas de cobro, toda vez que el valor del prepago se canceló íntegramente, aunque por fuera del término estipulado, según se expuso atrás. (...) [E]l pago tardío realizado por CEDELCA S.A. E.S.P. no configuró la causal de terminación de los contratos invocada por AREMARI S.A. E.S.P, de acuerdo con la cual, se itera, solamente la no cancelación de los documentos de cobro del prepago o el pago extemporáneo de documentos de ajuste daba lugar a la terminación de la relación contractual (...). Por esta misma razón, concluye la Sala que, al no configurarse la causal de terminación anticipada aducida por AREMARI S.A. E.S.P., tampoco se reúnen los supuestos contemplados para la aplicación de las cláusulas penales a su favor (...) [E]n el caso concreto se presentó una mora en el prepago de la energía a suministrarse (...), es decir, un incumplimiento tardío de la obligación, mas no un incumplimiento total o definitivo en el pago de las referidas cuentas de cobro, toda vez que el valor del prepago se canceló íntegramente, aunque por fuera del término estipulado, según se expuso atrás. (...) [E]l pago tardío realizado por CEDELCA S.A. E.S.P. no configuró la causal de terminación de los contratos invocada por AREMARI S.A. E.S.P, de acuerdo con la cual, se itera, solamente la no cancelación de los documentos de cobro del prepago o el pago extemporáneo de documentos de ajuste daba lugar a la terminación de la relación contractual (...). Por esta misma razón, concluye la Sala que, al no configurarse la causal de terminación anticipada aducida por AREMARI S.A. E.S.P., tampoco se reúnen los supuestos contemplados para la aplicación de las cláusulas penales a su favor.”

**CONTRATO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA / LIMITACIÓN AL SUMINISTRO DE ENERGÍA / EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / PRESUPUESTOS DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO / CONTRATANTE CUMPLIDO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / MORA DEL CONTRATISTA / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / PAGO TARDÍO / MORA EN PAGO DE SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MORA EN EL PAGO / CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LA OBLIGACIÓN / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO / IMPROCEDENCIA DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / BUENA FE EXENTA DE CULPA / BUENA FE CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL / PRINCIPIO DE COHERENCIA / APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / DEBERES DE LAS PARTES DEL CONTRATO**

**Problema jurídico 3:** *¿Es procedente la excepción de contrato no cumplido cuando la parte acepta, así sea de manera tácita, el retardo del cumplimiento obligacional en el curso de la ejecución del contrato?*

**Tesis 3:** [A]l no encontrarse probado que el incumplimiento de la empresa hubiese puesto a AREMARI S.A. E.S.P. en una situación que le imposibilitara cumplir con el suministro de energía eléctrica (...), esta última no podría alegar en su favor la excepción de contrato no cumplido, entre otras razones porque al haber desistido de la solicitud de dejar de considerar los contratos de suministro de energía (...), esa manifestación implica tácitamente su aceptación y su conformidad con los pagos tardíos que respecto a las cuentas de cobro en cuestión, correspondientes al mes de diciembre, le había realizado CEDELCA S.A. E.S.P. y, por tanto, ello colocaba a esta última en situación de cumplimiento sin que AREMARI S.A. E.S.P. pudiera entonces, desconociendo su propia solicitud y aceptación del cumplimiento contractual de su cocontratante, volver a solicitar- por los mismos hechos y circunstancias- la terminación de los contratos y para justificar además su

propio incumplimiento contractual al dejar de suministrarle energía a CEDELCA S.A. E.S.P. (...) Esta no es la conducta que se espera de una parte contractual que actúa de buena fe e implica el desconocimiento de las propias manifestaciones al interior del vínculo obligacional que ciertamente, de cara al transcurrir contractual, tienen efectos jurídicos sobre el mismo, en violación del principio de buena fe contractual en general y en particular de una de sus manifestaciones como es el que recoge la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, que exige la rectitud y coherencia en el cumplimiento de la relación obligacional entre ambas partes.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el contrato de suministro ver sentencia de la Corte Constitucional, C 736 de 2007, Sobre la caducidad de la acción de controversias contractuales, ver auto del 24 de abril de 2017, Exp. 50602 y sentencia del 20 de febrero de 2017, Exp. 56562, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 1 de junio de 2020, Exp. 47101, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sobre la conciliación como requisitos de procedibilidad ver auto del 29 de mayo de 2019, Exp. 60487, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Sobre el régimen de los contratos de servicios públicos, ver sentencia del 13 de noviembre de 2003, Exp. 23364 A, C.P. Ricardo Hoyos Duque, sentencia del 24 de octubre de 2016, Exp. 45607, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sobre el valor probatorio de las copias simples ver sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, Exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero. Sobre la excepción de contrato no cumplido ver sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. 24217, C.P. Danilo Rojas Betancourth(E). Sobre la liquidación judicial del contrato ver sentencia del 1 de junio de 2020, Exp. 47101, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 20 de septiembre de 2021; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 19001-23-00-000-2011-00086-01(64940)*

6  
SECCIÓN  
CUARTA



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## 1. La adecuación del trámite de la solicitud de devolución automática de saldos a favor al procedimiento ordinario de devolución requiere la expedición de un acto administrativo motivado que se notifique al solicitante en forma electrónica.

*Síntesis del caso:* El artículo 1.6.1.29.3 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en materia tributaria, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1422 de 2019 dispuso que las solicitudes de devolución automática de saldos a favor carentes de los requisitos legales se continuarían tramitando a través del proceso ordinario, sin necesidad de acto administrativo que así lo indicara. La Sala anuló la expresión "sin que se requiera acto administrativo que así lo indique", contenida en el inciso segundo del citado artículo 1.6.1.29.3, porque la consideró violatoria del derecho al debido proceso. Al respecto, señaló que, como la adecuación al trámite ordinario es la consecuencia del incumplimiento de cualquiera de los requisitos de procedencia previstos por la ley y el reglamento para la devolución automática, es necesario que el solicitante conozca la verificación de requisitos hecha por la Administración antes de que se formalice la aludida adecuación, dado que se trata de una medida que conlleva un rechazo implícito de la devolución automática y que, por tanto, menoscabaría el derecho a la misma, razón por la cual requiere la expedición de un acto administrativo motivado y notificado al interesado en forma electrónica, contra el cual pueda ejercer su derecho de defensa y contradicción.

DERECHO A LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR LIQUIDADOS EN LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS / REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / TRÁMITE ORDINARIO DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / INVESTIGACIÓN PREVIA A LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / COMPETENCIA PARA RESOLVER LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / TÉRMINO PARA EFECTUAR LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR GENERADOS EN LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE LAS VENTAS / REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR / TÉRMINO PARA LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ACEPTA LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR / ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA / PROCEDENCIA DE LA ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA / EXPEDICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO PARA LA ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA / INADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / GARANTÍAS DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / APLICACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS TRIBUTARIOS / NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DISPONE LA ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA – Procedencia / NO EXPEDICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO PARA LA ADECUACIÓN AL TRÁMITE ORDINARIO DE DEVOLUCIÓN DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR – Ilegalidad. Violación del derecho al debido proceso

*Problema Jurídico:* ¿Es legal el artículo 1.6.1.29.3 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en materia tributaria, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1422 de 2019, en cuanto dispuso que las solicitudes de

*devolución automática de saldos a favor carentes de los requisitos legales se continuarían tramitando a través del proceso ordinario, sin necesidad de acto administrativo que así lo indicara?*

**Tesis:** “El derecho de los contribuyentes o responsables a que se les devuelvan los saldos a favor liquidados en sus declaraciones tributarias, opera, por regla general, a solicitud de aquellos, con el lleno de los requisitos generales y particulares previstos en el DUR 1625 de 2016, y dentro del término establecido en la normativa vigente. Tales solicitudes dan paso a una de las actuaciones sujetas a las disposiciones del Libro Quinto del Estatuto Tributario, a lo largo del cual se establecen los procedimientos, presupuestos, requisitos, términos y, en general, los actos procesales que entretejen los trámites propios de la fiscalización, determinación y liquidación oficial de las obligaciones tributarias e imposición de sanciones, discusión de esas decisiones y ejecución de las mismas con las etapas de cobro, recaudación y devolución a las que hubiere lugar. En ese contexto, el título X de dicho libro regló el procedimiento de devolución de saldos a favor ante la administración tributaria, para que la unidad competente dentro de la misma estudie las solicitudes presentadas con tal finalidad y agote las etapas de verificación e investigación a las que haya lugar, como actuaciones previas a la expedición de los actos que ordenen, rechacen o nieguen tales solicitudes. Así, una vez conocidas las solicitudes, el correspondiente grupo de devoluciones debe examinar el cumplimiento de los requisitos formales previstos para las mismas, seleccionar aquellas que deban ser objeto de verificación para la constatación de que trata el artículo 856 del ET y, en la medida en que los resultados de esa verificación tipifiquen alguno de los eventos enumerados en el artículo 857-1 ib., abrir la correspondiente investigación previa a la devolución, al término de la cual habrá de decidirse si esta última se ordena o si hay lugar a proferir requerimiento especial, caso en el cual la devolución solo procederá respecto del saldo a favor planteado en el mismo, sin requerirse nueva solicitud de devolución o compensación. Ahora bien, por regla general, cuando las solicitudes de devolución se presentan oportunamente y en debida forma, con el lleno de los requisitos legales, la administración de impuestos debe devolver los saldos a favor a que hubiere lugar, previas las compensaciones de rigor, dentro de los **50 días siguientes a la presentación oportuna de dicha solicitud, en debida forma**, sin perjuicio de su suspensión por cuenta de la investigación y de los términos especiales previstos en el artículo 855 del ET. Dicha norma fue adicionada por el artículo 98 de la Ley 1943 de 2018, con miras a agilizar el trámite de devolución dentro de los principios de celeridad y eficacia a través de un quinto párrafo que facultó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para devolver automáticamente los saldos a favor originados en el impuesto sobre la renta y sobre las ventas, a contribuyentes y responsables que no representen un riesgo alto, según el sistema de análisis de riesgo de la DIAN, y que más del ochenta y cinco por ciento (85%) de los costos o gastos y/o impuestos sobre las ventas descontables provengan de proveedores que emitan sus facturas mediante el mecanismo de factura electrónica. De la reglamentación de tal mecanismo se ocupó el Decreto 1422 de 2019, aquí demandado, adicionando un capítulo 29 al DUR 1625 de 2016 (*arts. 1.6.1.29.1 a 1.6.1.29.3*) en el que además de retomar el concepto legal de la devolución automática y las condiciones para que los contribuyentes y responsables a quienes se aplica puedan tener derecho a la misma, estableció que el respectivo acto administrativo que da derecho a esa devolución se proferirá dentro de los **10 días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la solicitud en debida forma**. Al tiempo, el reglamento exceptuó la aplicación de ese término especial para los casos en que las solicitudes de devolución y/o compensación no cumplan los requisitos establecidos para la aplicación del procedimiento automático, entendiéndose por tales los previstos en las normas regulatorias del trámite ordinario de devolución, pues al fin de cuentas el objeto de la automatización se contrae al plazo célere de decisión, como los correspondientes a las condiciones particulares establecidas en el artículo 1.6.1.29.2.. En esos eventos excepcionales, la norma reglamentaria relegó la aplicación del trámite automático y, consiguientemente, del término especial de decisión ágil, disponiendo que deben continuar su trámite por el procedimiento ordinario, retomando así el plazo general de 50 días establecido en el artículo 855 del ET y advirtiendo que tal proceder no requiere ser dispuesto por acto administrativo alguno. Si bien es cierto la advertencia de no requerirse acto alguno podría corresponder, en principio, con la naturaleza célere del trámite automático, no puede perderse de vista que i) esa advertencia opera en el contexto de una medida procesal modificatoria de la expectativa del solicitante en relación con un término de 10 días para resolver su petición, considerablemente inferior al del plazo general que se aplica en el trámite ordinario de devolución (*50 días*), al que ahora tendría que someterse, por cuenta de la decisión de adecuar el trámite de la devolución automática al de dicho trámite ordinario; y, ii) que la adecuación al trámite ordinario es la consecuencia del incumplimiento de cualquiera de los requisitos de procedencia previstos por la ley y el reglamento para la devolución automática, según verificación que de los mismos haga la Administración. Sin embargo, el hecho de que esa consecuencia tenga origen igualmente normativo no reviste de certeza a la actuación administrativa de verificación que, como cualquier otra, no se encuentra exenta de yerros que el solicitante quiera poner de presente para demeritar el predicado de

“incumplimiento” y, en esa medida, acceder a la devolución automática. Para tal efecto, es necesario que el solicitante conozca la verificación de requisitos hecha por la Administración antes de formalizarse la adecuación del trámite automático al trámite ordinario, en tanto se trata de una medida que conlleva un rechazo implícito de la devolución automática y que, por tanto, menoscabaría el derecho a la misma, siendo entonces confrontable por el interesado que cuente con pruebas pertinentes y suficientes para demeritarla. De hecho, ante la figura inadmisoria por solicitudes de devolución ordinaria sin *“el lleno de los requisitos formales que exigen las normas pertinentes”*, entre otras causales, y que tiene menor impacto definitivo, el propio artículo 858 del ET previó *“la expedición de un auto inadmisorio cuando la solicitud de devolución y/o compensación no cumpliera los requisitos previstos para la misma”*; con mayor razón, la medida de adecuación cuyos efectos prácticos privan el trámite de la devolución automática, requiere de acto expreso que la ordene. En ese orden, dentro del marco del artículo 29 de la CP, el principio y derecho fundamental del **debido proceso** y las garantías que aparea, entre ellas los derechos de audiencia, defensa y contradicción, aplicables a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, debe mantenerse incólume en los procedimientos administrativos tributarios frente a los actos que los estructuran, incluyendo las expresiones definitivas o de trámite que involucran, regidas por el principio de publicidad que informa la función pública, permitiendo al administrado conocer las circunstancias de hecho y de derecho que las motivan e interpretar la voluntad que las determina para, si es su querer, ejercer los derechos mencionados. Desde esa perspectiva, forjada en el contexto de un Estado social de derecho respetuoso de las garantías constitucionales, y toda vez que el derecho sustancial a la devolución coexiste con el derecho al debido proceso respecto de la verificación administrativa de los requisitos de procedencia de la devolución automática, se concluye que la cualificación administrativa de incumplimiento de requisitos para aquella y su consiguiente trámite a través del proceso ordinario, debe disponerse por acto administrativo motivado y notificado al solicitante. Coherentemente, a la luz de la filosofía de celeridad y rapidez del mecanismo de devolución automática y en el marco de los principios de eficacia, eficiencia y economía que rigen la función administrativa, dicha diligencia deberá realizarse de manera electrónica, en la forma prevista por el artículo 566-1 del ET, en concordancia con el inciso primero del artículo 565 ib., y el acto notificado se entiende ejecutable en concordancia con las normas generales de la Ley 1437 de 2011. Conforme a los anteriores razonamientos, la Sección anulará la expresión *“sin que se requiera acto administrativo que así lo indique”*, contenida en el inciso segundo del artículo 1.6.1.29.3 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1422 de 2019, entendiendo que la continuación con el proceso ordinario debe disponerse por acto administrativo motivado y notificado en forma electrónica al solicitante.”.

### **Aclaración de voto de la Consejera Stella Jeannette Carvajal Basto**

#### **ILEGALIDAD DE LA NO EXPEDICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO PARA LA ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA – Procedencia de la expedición de sentencia de unificación para sentar jurisprudencia / ACTO PREVIO PARA ADECUAR EL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA – Necesidad de sentar jurisprudencia / PROCEDENCIA DE LA EXPEDICIÓN DE SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CONCEPTO DE SENTAR JURISPRUDENCIA / CONCEPTO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EXPEDICIÓN DE UN ACTO PREVIO PARA ADECUAR EL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA**

**Tesis:** “[M]e permito aclarar el voto en la sentencia proferida dentro del expediente de la referencia (...), por cuanto considero que la decisión anulatoria aprobada podría, además, corresponder a una sentencia de unificación fundamentada en la necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con el «acto previo para adecuar el trámite de devolución automática al de devolución ordinaria». En efecto, el artículo 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, «Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. (...)». (...) Al distinguir los conceptos de «sentar» y «unificar» jurisprudencia, la Sala Plena de la Corporación precisó que «La primera hipótesis aparea la novedad del asunto a discutir o, por lo menos, la inexistencia de un pronunciamiento previo por parte del

órgano de cierre; mientras que la segunda, en cambio, tiene como presupuesto la existencia de pronunciamientos que encierran posiciones divergentes sobre un mismo tema, que ameritan una decisión que zanje las diferencias existentes en aras de dar coherencia a la jurisprudencia y garantizar la igualdad y la seguridad jurídica en las sucesivas decisiones judiciales» (...). Así, frente al trámite de las solicitudes de devolución automática por el procedimiento ordinario, estimo que la Sección al anular el aparte citado debió, además, sentar una regla de unificación acorde con el fundamento de la decisión anulatoria, esto es, dirigida a que dicho trámite se ordene por acto administrativo motivado y notificado en forma electrónica al solicitante de la devolución automática, con el fin de garantizarle los derechos de audiencia y defensa, en el contexto del debido proceso, como se explicó a lo largo del fallo de nulidad. En ese sentido, a mi juicio, la regla debía disponer que: «En virtud del artículo 29 de la Constitución Política, que consagra el principio y derecho fundamental del debido proceso y las garantías que apareja, entre ellas, los derechos de audiencia, defensa y contradicción, aplicables a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, y en el marco del principio de publicidad de las decisiones administrativas, las solicitudes de devolución que no cumplan los requisitos establecidos para tener derecho a la devolución automática, continuarán con el proceso ordinario, previo acto administrativo motivado y notificado en forma electrónica al solicitante.» En los términos señalados reitero que, en mi criterio, procedía que la sentencia de nulidad fuera, además, de unificación para sentar la regla referida. ”

### **Aclaración de voto del Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez**

**ILEGALIDAD DE LA NO EXPEDICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO PREVIO PARA LA ADECUACIÓN DEL TRÁMITE DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR AL TRÁMITE DE LA DEVOLUCIÓN ORDINARIA – Falta de efecto práctico para el solicitante de la devolución / DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR / INEXISTENCIA DE FORMA AUTOMÁTICA DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR - El artículo 1.6.1.29.3 del Decreto 1625 de 2016, DURT no establece una forma o mecanismo automático de devolución de saldos a favor, sino un plazo abreviado para que la administración decida al respecto, previo inicio del procedimiento mediante solicitud / DIFERENCIA ENTRE EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO Y EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / PLAZO ORDINARIO DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / PLAZO ABREVIADO DE DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / INUTILIDAD DE LA EXPEDICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO PREVIO PARA LA ADECUACIÓN AL TRÁMITE ORDINARIO DE DEVOLUCIÓN DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR / CAUSACIÓN DE INTERESES MORATORIOS POR EXTEMPORÁNEIDAD EN LA DECISIÓN DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN AUTOMÁTICA DE SALDOS A FAVOR GENERADOS EN LOS IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE LAS VENTAS**

**Tesis:** “Si bien comparto [el] análisis desplegado en la sentencia, observo que la decisión que propició el ejercicio de la acción contenciosa bajo el medio de control de nulidad simple dista de arrojar una consecuencia práctica en favor de los solicitantes de la devolución. Lo anterior porque la norma demandada, lejos de establecer una forma automática de devolución –pues aún se requiriere que el interesado le dé inicio al procedimiento–, consagra un plazo abreviado, de 10 días, para que la Administración decida acerca de la solicitud de devolución, plazo que contrasta con el ordinario de 50 días (artículo 855 del ET). Así, la diferencia entre el procedimiento ordinario y el abreviado es de solo 40 días; de suerte que no le será de mayor utilidad a los administrados conocer y controvertir las razones por las que la autoridad estima que no se cumplen los requisitos que le permitirían acceder a una devolución célere, porque, mientras se surten la notificación, impugnación y decisión de las inconformidades, habría transcurrido un tiempo mayor a los 40 días de diferencia que existen entre uno y otro procedimiento de devolución. Con toda probabilidad, los solicitantes incursos en esas circunstancias verán más conveniente agotar el trámite del procedimiento ordinario de devolución, que insistir en acceder al denominado «mecanismo de devolución automática», a menos de que les merezca la pena adelantar ese litigio con sola finalidad de lograr el reconocimiento de los intereses moratorios que contempla el artículo 863 del ET, causados sobre los 40 días de diferencia en el trámite.”

***Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de febrero de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2019-00045-00 (24878).***

## **2. Se reitera cuál es tratamiento fiscal y contable de los costos y las deducciones por inversiones en la exploración de hidrocarburos, así como que el término para aplicar la deducción por amortización de inversiones infructuosas se cuenta desde cuando se tiene certeza de la inutilidad de la inversión.**

*Síntesis del caso:* Se confirmó parcialmente la legalidad de los actos administrativos en los que, entre otros aspectos, la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios que una empresa petrolera presentó por el año gravable 2007, en el sentido de rechazar costos de ventas y deducciones por amortización de inversiones infructuosas en exploración de hidrocarburos, incrementar la renta presuntiva y determinar el saldo a pagar e imponer sanciones por inexactitud y por disminución de pérdidas. Luego de reiterar el tratamiento de activo o cargo diferido que contablemente le corresponde a tales inversiones, sin que para el efecto resulte relevante el éxito o la infructuosidad de las mismas, así como de indicar que no está permitido solicitar la totalidad de las erogaciones en etapa exploratoria en el periodo gravable en que se efectúan, sino que su imputación debe ser gradual, la Sala concluyó que no procedía el reconocimiento de los costos de ventas del proyecto de exploración Bloque Carbonera. Lo anterior, porque la actora cedió su participación en ese Bloque y transó toda obligación contractual derivada del mismo, de modo que no se podía reputar el proyecto como propio y bajo dicha consideración era la cesionaria quien poseía el derecho de descontar las erogaciones en que hubiese incurrido la demandante a la fecha de suscripción del señalado contrato. En cuanto a la deducción por amortización de inversiones infructuosas registrada respecto de la cesión del prospecto Guariqués, la Sala señaló que no procedía imputar como gasto la totalidad de las expensas en el periodo gravable 2007, sino que se debían cargar al activo como un cargo diferido para amortizarlas gradualmente. Al respecto reiteró que el término previsto en el artículo 143 del Estatuto Tributario para solicitar la amortización se cuenta desde la fecha en que la compañía manifiesta su deseo de no continuar en el proyecto, pues es en ese momento que conoce que no recibirá beneficios futuros por su inversión, de modo que puede amortizar las inversiones infructuosas en el año en que se cumple la condición de infructuosidad o a más tardar en los dos años siguientes.

TRATAMIENTO FISCAL DE LOS COSTOS Y LAS DEDUCCIONES EN EL SECTOR PETROLERO - Reiteración de jurisprudencia / TRATAMIENTO CONTABLE DE LOS COSTOS Y LAS DEDUCCIONES EN EL SECTOR PETROLERO - Reiteración de jurisprudencia / INVERSIONES AMORTIZABLES EN LA ETAPA DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / REGISTRO CONTABLE DE LAS INVERSIONES AMORTIZABLES EN LA ETAPA DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / ACTIVO DIFERIDO / DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES / IRRELEVANCIA DEL RESULTADO DE LA INVERSIÓN EN EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / GRADUALIDAD DE LA IMPUTACIÓN DE LAS EROGACIONES POR EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / IMPROCEDENCIA DE LOS COSTOS ASOCIADOS A LA CESIÓN DEL BLOQUE CARBONERA – Configuración / IMPROCEDENCIA DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES POR SUSCRIPCIÓN DE TRANSACCIÓN SOBRE CONTRATO DE EXPLORACIÓN PETROLERA

*Problema Jurídico 1:* ¿Cuál es el tratamiento fiscal y contable de los costos y las deducciones en el sector petrolero? ¿Son procedentes los costos asociados al contrato Carbonera?

**Tesis 1:** “[L]a Sala reiterará lo resuelto en sentencia del 22 de abril de 2021 cuya situación fáctica es similar a la actual: “[L]a técnica contable establecida en el Decreto 2649 de 1993 hace que las inversiones amortizables en la etapa de exploración de hidrocarburos sean registradas contablemente como activos diferidos, los cuales son susceptibles de incrementar el patrimonio de los contribuyentes. En consecuencia, le son aplicables lo establecido en el artículo 142 del Estatuto Tributario. (...) La norma transcrita ordenaba que contablemente debían registrarse como activos diferidos los bienes y servicios de los cuales se esperaban beneficios económicos en periodos futuros, por lo que no establecía de forma obligatoria que existieran ganancias a futuro como lo advierte la demandante, sino que se encontraba supeditado a que existiera tanto ganancias como pérdidas. De esta manera el Decreto 2650 de 1993 en el que se determinaba la dinámica de las cuentas contables, ordenaba (...) [L]a técnica contable de forma específica ordenaba el registro del valor de las inversiones en estudio de exploración de hidrocarburos en la cuenta de activos diferidos o cargos diferidos sin tener relevancia el éxito o no de la actividad, por lo que no es procedente deducir el gasto total como lo hizo la actora. [...] [L]a deducción por amortización de inversiones establecida en los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario es aplicable para las erogaciones de exploración de hidrocarburos realizado por la actora, debido a que los mencionados artículos junto con el artículo 69 del del Decreto 187 de 1975 obliga a que la deducción del gasto se realice de forma gradual. Adicionalmente, es necesario que se registren como un activo diferido en materia contable, por lo que los artículos enunciados del Estatuto Tributario son aplicables como norma especial sobre el artículo 107 de dicho estatuto.” (...) De acuerdo con el criterio expuesto, para el año gravable 2007 la técnica contable preveía específicamente que las inversiones para la exploración de hidrocarburos debían registrarse en las cuentas de activos diferidos o de cargos diferidos, sin que para el efecto resulte relevante el éxito o infructuosidad de la actividad. Así, conforme lo disponen los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario y 69 del Decreto 187 de 1975, no está permitido solicitar la totalidad de las erogaciones en etapa exploratoria en el periodo gravable en que se efectúan, sino que su imputación debe ser gradual. También debe extractarse que los artículos 142 y 143 del Estatuto Tributario, por ser norma especial, tienen aplicación preferencial sobre el artículo 107 *ibídem*, norma que da las pautas generales para la procedencia de costos y gastos. En el caso bajo estudio, la demandante cedió a título gratuito y de forma irrevocable, la totalidad de su participación en el contrato Carbonera a la sociedad Well Logging Ltda., a través de un contrato de transacción suscrito por las partes el 19 de abril de 2007. Respecto de este hecho económico, la actora solicitó en su denuncia rentística de 2007 costos de ventas imputables a la cesión del proyecto Carbonera. En primer lugar, la Sala confirma que el contrato suscrito entre las partes sí corresponde a un contrato de transacción y no a la cesión de derechos de participación en el proyecto Carbonera a título gratuito como lo alega en la apelación la demandante, pues es la conclusión lógica a la que se arriba con la lectura del texto del contrato, (...) En ese sentido, es de señalar que debido a que Petrolífera mediante el contrato de transacción cedió a Well Logging la totalidad de su participación en el Bloque Carbonera y con esto a su vez transó toda obligación contractual que se este acuerdo de participación se derivara, el proyecto no podía reputarse como propio y bajo dicha consideración, era Well Logging quien poseía el derecho de descontar las erogaciones en que hubiese incurrido la demandante a la fecha de suscripción del señalado contrato. Por tanto, se mantiene el rechazo efectuado por el fisco. Sin embargo, debe estudiarse si el rechazo corresponde a la suma de \$14.658.762.695 o debe limitarse a \$2.385.545.430, pues la actora alega una indebida valoración probatoria por parte del *a quo*. (...) [L]a Sala encuentra acreditado que el monto discutido debe limitarse a \$2.385.545.430, pues en el asiento contable “JOAMANUAL\_C-Período 12-Nro. 21” del 31 de diciembre de 2007, las líneas 7, 8 y 11 muestran que los centros de costos del bloque Carbonera se afectaron con dos créditos a la cuenta 150825-*Proyectos de exploración* que suman el valor enunciado, y su contrapartida a la cuenta 531005 como un mayor valor de la pérdida en venta de inversiones. Por otra parte, en el asiento contable “JOAMANUAL\_C Período 12-Nro. 19” se evidencia que la suma de \$12.273.109.125 afectó el AFE 0617025 del Pozo Puma y el monto restante de \$108.140, alude a gastos de sísmica en el Pozo Guariquíes con AFE 0617045. De modo que la Sala concluye que a pesar de que la contribuyente en el escrito del 4 de junio de 2012 cometió un error, en el recurso de reconsideración lo rectificó y aportó tanto en sede administrativa como judicial las pruebas pertinentes para demostrar que el valor correcto era \$2.385.545.430.”.

**DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES INFRUCTUOSAS EN EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS - Reiteración de jurisprudencia / TÉRMINO DE APLICACIÓN DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES INFRUCTUOSAS / INVERSIÓN INFRUCTUOSA - Noción. Reiteración de jurisprudencia / RECHAZO POR FALTA DE GRADUALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE**

## INVERSIONES INFRUCTUOSAS / GRADUALIDAD DE LA IMPUTACIÓN DE LAS EROGACIONES POR EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS

**Problema Jurídico 2:** *¿Desde cuándo inicia el conteo del término previsto en el artículo 143 del Estatuto Tributario para la procedencia de la deducción por amortización de inversiones en exploración que resulten infructuosas? ¿Proceden las deducciones por pérdida en la cesión del prospecto Guariquíes?*

**Tesis 2:** “[L]a demandante en el escrito de apelación afirma que el a quo interpretó erróneamente este cargo, pues no se trata de una pérdida de inversiones con ocasión a la cesión del proyecto, sino de inversiones que resultaron infructuosas y por tanto, son amortizables de conformidad con el artículo 143 del Estatuto Tributario. En ese sentido, resulta pertinente traer a colación lo expresado por la Sala en un caso similar (...) De acuerdo con la sentencia previamente citada, las erogaciones realizadas en etapa exploratoria que resulten infructuosas, se entiende cumplida dicha condición desde la fecha en que la compañía manifiesta su deseo de no continuar en el proyecto, pues es en ese momento que conoce que no recibirá beneficios futuros por su inversión. Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 143 del Estatuto Tributario, la contribuyente puede amortizar las inversiones infructuosas en el año que se cumple la condición de infructuosidad o a más tardar en los dos años siguientes. Teniendo en cuenta que la actora suscribió el contrato de cesión con Ramshorn el 1 de diciembre de 2006, se entiende que desde esa fecha la actora conoció de la infructuosidad del Prospecto Guariquíes aun cuando Ecopetrol hubiese aprobado la cesión el 28 de junio de 2007, por lo que en el año 2007, la demandante se encontraba dentro del término dispuesto en el artículo 143 del Estatuto Tributario para solicitar la deducción por la amortización de inversiones. No obstante, como se advirtió en el cargo resuelto anteriormente, la Sala indica que no procedía imputar como gasto la totalidad de estas expensas en el año gravable 2007, sino que estas debían cargarse al activo como un cargo diferido para ser amortizadas gradualmente. En ese orden de ideas, la Sala concluye que debe desestimarse el cargo de apelación propuesto por la demandante.

### **Aclaración de voto y salvamento de voto parcial de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello**

**IMPROCEDENCIA DE LA AMORTIZACIÓN GRADUAL DE LAS INVERSIONES EN PROYECTOS DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS CEDIDAS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA FISCALIZADA / IMPROCEDENCIA DE DEDUCCIONES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA / IMPROCEDENCIA DEL LEVANTAMIENTO DE LA SANCIÓN POR DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES / BASE DE CÁLCULO DE LA SANCIÓN POR DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES / BASE DE CÁLCULO DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD / FINALIDAD DE LA SANCIÓN POR DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES / PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN MATERIA SANCIONATORIA TRIBUTARIA / NO VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN MATERIA SANCIONATORIA TRIBUTARIA / PÉRDIDA FISCAL IMPROCEDENTE / SANCIÓN POR DECLARACIÓN DE PÉRDIDA FISCAL IMPROCEDENTE / SANCIÓN DE INEXACTITUD POR DECLARACIÓN DE PÉRDIDA FISCAL IMPROCEDENTE**

**Tesis:** “Aclaro el voto para precisar que, la actora suscribió un contrato el 1 de diciembre de 2006 con Ramshorn para cederle los *“intereses, derechos y obligaciones”* que poseía sobre el prospecto Guariquíes, por esto, la modificación en la posición contractual del demandante para la vigencia gravable 2007 objeto de discusión, impide que se afirme que esas erogaciones tenían la vocación para ser amortizadas gradualmente. Ahora, salvo parcialmente el voto, en tanto levantó la sanción por disminución de pérdidas regulada en el artículo 647-1 del Estatuto Tributario, bajo la consideración que se vulneraba el principio *non bis in ídem*. (...) Al respecto, debe destacarse la precisión de la Corte Constitucional efectuada en la Sentencia C-910 de 2004, proferida con ocasión del análisis de la exequibilidad del artículo 647-1 E.T, en el sentido de que, lo allí regulado no es una sanción autónoma, sino la base para liquidar la sanción de inexactitud o de corrección, en caso de rechazo o disminución de pérdidas fiscales. Al hilo de lo anterior, el artículo 647-1 recae sobre la parte inexacta y negativa de la declaración (pérdida fiscal) hasta llevarla a cero (0), porción que estaba quedando al margen de la sanción, por cuanto no estaba establecida una base para la misma. A estos efectos, el precepto consagró una ficción de base señalando que la disminución o rechazo de la pérdida fiscal improcedente debía considerarse como *“un menor saldo a favor, en una cuantía equivalente al impuesto que teóricamente generaría la pérdida rechazada oficialmente o disminuida en la corrección”*, precisando a renglón seguido que, el valor resultante de tal ejercicio, sería la base para determinar la correspondiente sanción (inexactitud o corrección). Obsérvese que el *“menor saldo a favor”*, así determinado, es una mera ficción legislativa de la base, para disciplinar las

inexactitudes de las cuales se derivan pérdidas fiscales, mientras que, la base prevista en el artículo 647 *ibidem*, considera el mayor valor a pagar o menor saldo a favor que efectivamente se genera tras una corrección del contribuyente o un proceso de determinación. Lo antedicho se corrobora, con los propios antecedentes del establecimiento de la disposición (Art 647-1 E.T), basta observar que su propósito fue “*presionar*” la diligencia y acuciosidad de los contribuyentes en la determinación de las pérdidas fiscales. Esto por cuanto se había convertido en una práctica común, liquidar pérdidas sin la rigurosidad requerida, para posteriormente disminuirlas a instancias de procesos de investigación de la DIAN, sin ninguna implicación para el contribuyente, pero en claro detrimento del fisco, habida cuenta de los recursos que le demanda un proceso de fiscalización. Lo anterior fue puesto de presente por la propia Corte Constitucional, en los considerandos que sustentaron el fallo de exequibilidad del

artículo 647-1 (...) Nótese que la Corte destacó *i)* que el objetivo del tipo sancionatorio era preservar la confiabilidad de las declaraciones, la cual se venía viendo afectada por la determinación de pérdidas fiscales sin la rigurosidad requerida y, *ii)* que la norma sancionatoria en cuestión había modificado los supuestos para la aplicación de las sanciones por corrección y de inexactitud. Así también, señaló la Corte, apoyada en la propia exposición de motivos de la norma en cuestión, que ante la sola disminución de pérdidas en un proceso de fiscalización se generaba la sanción, liquidada sobre una base teórica: “*Ello resulta evidente no solo a partir del texto de la norma demandada, sino también si se tiene en cuenta que en la exposición de motivos del proyecto presentado por el gobierno, expresamente se señalaba, en relación con esta disposición que “(en) el caso de disminución de pérdidas por efecto del proceso de fiscalización, se recaudará sanción por inexactitud sobre el menor valor del impuesto que teóricamente generaría la pérdida rechazada”* Descarta todo lo anterior la vulneración del principio *non bis in ídem*, toda vez que no se trata de dos sanciones aplicables a un mismo hecho, sino de la base aplicable en el evento de inexactitudes en la declaración, de las cuales se hubieran derivado pérdidas fiscales, que por eso mismo, son objeto de rechazo y que por si solas, no tienen la virtualidad de aumentar el valor a pagar o disminuir el saldo a favor que es lo sancionado con la inexactitud prevista en el artículo 647 del Estatuto Tributario”.

#### **Aclaración de voto del Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez**

**TRATAMIENTO FISCAL DE LOS COSTOS Y LAS DEDUCCIONES EN EL SECTOR PETROLERO / IMPROCEDENCIA DE LA AMORTIZACIÓN GRADUAL DE LAS INVERSIONES EN PROYECTOS DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS CEDIDAS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA FISCALIZADA / COSTO FISCAL DE INVERSIONES REALIZADAS EN ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES - Año gravable 2007 / DETERMINACIÓN DEL COSTO FISCAL DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / NORMATIVA APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DEL COSTO FISCAL DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / PRECIO DE ENAJENACIÓN DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE ENAJENACIÓN DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / NORMATIVA APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE ENAJENACIÓN DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN DE RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES / DEDUCIBILIDAD DE LAS PÉRDIDAS FISCALES RESULTANTES DE LA CESIÓN DE UN CONTRATO DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / NORMATIVA APLICABLE A LA DEDUCIBILIDAD DE LAS PÉRDIDAS RESULTANTES DE LA CESIÓN DE UN CONTRATO DE EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS / DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES INFRUCTUOSAS / TÉRMINO DE APLICACIÓN DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES INFRUCTUOSAS / COSTO FISCAL DE INVERSIÓN INFRUCTUOSA CEDIDA Y AMORTIZADA ANTES DE LA CESIÓN**

**Tesis:** “[L]a posición mayoritaria de la Sala juzgó que, conforme al artículo 142 del ET (en la versión entonces vigente), en la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos todos los costos y expensas incurridas se constituyen como inversiones amortizables, las cuales se realizan fiscalmente de manera gradual según los plazos y métodos preceptuados en el artículo 143 *ibidem*, de manera que, según estimó la Sala, la pérdida generada en el *sub examine* por la cesión de las inversiones (*i.e.* el bloque de exploración y, por otra parte, el

prospecto) no podía afectar la base gravable del año 2007, toda vez que las inversiones representadas en los activos cedidos solo podían aminorar la base gravable del impuesto de renta del contribuyente bajo la figura de inversión amortizable al tenor del entendimiento del artículo 142 antes señalado. Sin embargo, no comparto plenamente el juicio adoptado por la Sala, en la medida en que, sin bien el artículo 142 del ET establece que las inversiones en la industria referida constituyen sumas amortizables fiscalmente, ese precepto no era el aplicable a la operación debatida. La demandante, mediante dos negocios jurídicos independientes, cedió el bloque de exploración y el prospecto petrolífero, el primero a título gratuito y el segundo a título oneroso (cuya cuantía fue objeto de debate), razón por la cual las inversiones asociadas a ellos, que fiscalmente corresponden al activo cedido, no podían ser objeto de una futura amortización por la actora con sustento en el artículo 142 del ET. Esto es, como efecto de las cesiones la demandante se desprendió de las inversiones realizadas y por ello no era plausible que las amortizara con sustento en la norma. Partiendo de las anteriores premisas, considero que el tratamiento tributario de la operación discutida debe analizarse bajo los preceptos del artículo 90 del ET. Así, lo que corresponde es determinar una renta bruta o, según el caso, una pérdida, que será el resultado de la diferencia entre el costo fiscal y el precio de «enajenación», conforme al artículo 90 del ET. Si bien fue con la ley 1819 de 2016 que, al adicionar el artículo 74-1 al ET, se estableció una regla particular para determinar el costo fiscal capitalizable de las inversiones realizadas en actividades de exploración de recursos naturales no renovables, para la época de los hechos juzgados el costo se determinaba con base en las reglas generales del ET sobre costos fiscales y las normas técnicas contables vigentes; a su turno, según los mandatos del artículo 90 del ET, el precio de la «enajenación» no podía diferir notoriamente del precio comercial promedio para bienes de la misma especie en la fecha de la operación. De hecho, en el *sub lite* la Administración rechaza la deducción de la pérdida originada en las cesiones luego de reprochar el monto del costo fiscal de los activos y de cuestionar que ambas cesiones se realizaron, presuntamente, a título gratuito. Por ello estimo que la demandada, adicionalmente, pudo controvertir el «valor comercial» pactado, conforme al artículo 90 del ET. En contraste, la demandante plantea que la cesión del bloque de exploración y explotación, pese a que fue a título gratuito, le representó un beneficio para su actividad lucrativa, pues así evitó incurrir en mayores costos y pérdidas financieras que debía asumir con motivo del cumplimiento de obligaciones contractuales a su cargo respecto de ese bloque cedido; y en relación con la deducción de la pérdida asociada a la cesión del prospecto petrolífero, plantea que este era infructuoso y que la cesión no fue a título gratuito. De modo que se debió juzgar la deducibilidad de las pérdidas resultantes de las cesiones conforme a los preceptos del artículo 107 del ET, junto con las reglas de unificación establecidas sobre el mismo por esta Sección. Por último, dada la presunta infructuosidad alegada en relación con el prospecto petrolífero, estimo conveniente precisar que si la deducción asociada a este se sustenta en tal carácter de infructuoso, y no en una pérdida originada en la cesión, la norma que rige la procedibilidad de la deducción es el artículo 143 del ET. Al respecto, en su inciso 2.º, dispone que las inversiones realizadas en exploraciones que resulten infructuosas «*su monto podrá ser amortizado en el año en que se determine tal condición y en todo caso a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes*». Por ende, verificada la infructuosidad del yacimiento, la amortización de la inversión no sigue la regla general del inciso 2.º del artículo 143 del ET, esto es, amortizarse en un término no menor a cinco años y con base en el sistema de estimación técnica de costo de unidades de operación o por línea recta, sino que toda la inversión se amortiza en el año en que se verifique tal circunstancia o dentro de los dos años siguientes. Al hilo de lo anterior, destaco que si la contribuyente aplicó la amortización por inversiones infructuosas, en principio, tendría como consecuencia que el costo fiscal del activo cedido es equivalente a cero pesos, pues la inversión fue amortizada plenamente antes de la cesión, dato que se debe tener en cuenta de cara a la aplicación del artículo 90 del ET.”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de febrero de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2014-00947-01 (23327).

**3. Se precisa cuál es el tratamiento fiscal del lease back y cómo se determina el precio de enajenación de inmuebles en el mismo; la procedencia de la adición de renta líquida por pasivos inexistentes de periodos no revisables, por el contribuyente, en periodos posteriores al fiscalizado, antes de que se detecten los pasivos y de que se practique formalmente la adición**

**por la administración con el requerimiento especial; así como la improcedencia de la recuperación de pérdidas fiscales compensadas en años posteriores al de su determinación, en el mismo periodo fiscal en el que se modifica la pérdida, la cual solo es viable en el periodo en el que se expide la liquidación oficial de revisión.**

*Síntesis del caso:* Mediante los actos administrativos acusados la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2009 de un contribuyente, entre otros aspectos, para adicionar ingresos por la enajenación de activos fijos en una operación de lease back, desconocer costos de ventas, deducciones y gastos operacionales de administración y determinar rentas gravables por pasivos inexistentes y por recuperación de pérdidas, aumentar el impuesto a cargo e imponer sanciones por inexactitud y por disminución de pérdidas. La Sala anuló parcialmente dichos actos para aceptar algunos gastos financieros y pasivos, así como para levantar la adición de rentas por pasivos inexistentes y por recuperación de pérdidas y la sanción por disminución de pérdidas, pero mantuvo la sanción por inexactitud, al considerar que la imposición paralela de estas dos sanciones vulnera el principio de "non bis in ídem". Como restablecimiento del derecho se efectuó una nueva liquidación del tributo. Para adoptar su decisión, la Sala concluyó que para determinar el precio de enajenación de inmuebles en el contrato de lease back, se debe aplicar el artículo 90 del Estatuto Tributario (vigente en la época de los hechos), dado que corresponde a la norma especial para la enajenación de activos **a cualquier título**, la cual señala los criterios que se deben tener en consideración para fijar el valor de los bienes, específicamente de los raíces, sin excepción alguna atinente a la modalidad de la enajenación. Así mismo, precisó que no procedía la adición de la renta líquida por pasivos inexistentes determinada en los actos demandados, porque el contribuyente adicionó esa renta en el año 2011, antes de la expedición del requerimiento especial que propuso la modificación del impuesto de renta del año 2009. Al respecto la Sala señaló que, entender lo contrario, conllevaría a gravar dos veces al contribuyente por un mismo hecho - pasivo inexistente-, lo que resulta irrazonable, desproporcional e inequitativo, en tanto impondría una carga excesiva al obligado tributario. Indicó que el artículo 239-1 del Estatuto Tributario autoriza al contribuyente a incluir como renta líquida gravable en la declaración de renta o en las correcciones el valor de los pasivos inexistentes, autorización que encuentra limitación en que la adición de la renta líquida sea detectada y practicada por la Administración en un período gravable objeto de revisión, de modo que estaba permitido que el contribuyente declarara la adición de la renta líquida en el año 2011, porque si bien la DIAN advirtió la inexistencia de los pasivos en el proceso de fiscalización del año 2009, la adición de la renta líquida por esos pasivos se realizó formalmente en el requerimiento especial, esto es, con posterioridad a la actuación del contribuyente. Igualmente, concluyó que tampoco había lugar a la inclusión de la renta gravable por recuperación de pérdidas compensadas, porque no es procedente que en la misma liquidación que modifica la pérdida, la Administración constituya la renta líquida por recuperación de dicha pérdida, dado que es la liquidación de revisión analizada (año 2009) la que debe servir de fundamento a la DIAN para aplicar el artículo 199 del Estatuto Tributario en el año en que se expidió dicho acto administrativo, esto es, en el 2016.

TRATAMIENTO CONTABLE DEL LEASING – Reiteración de jurisprudencia / TRATAMIENTO FISCAL DEL LEASING - Reiteración de jurisprudencia / DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE ENAJENACIÓN DE BIENES RAÍCES / COSTO FISCAL DE ACTIVOS FIJOS ENAJENADOS / CONTRATO DE LEASE BACK / RETROARRIENDO / DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE LEASE BACK / ELEMENTOS DEL CONTRATO DE LEASE BACK / TRATAMIENTO FISCAL DEL LEASE BACK / DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE ENAJENACIÓN DE BIENES RAÍCES EN EL CONTRATO DE LEASE BACK / IDENTIDAD ENTRE EL COSTO Y EL VALOR DE LA VENTA /

## CONCEPTO DE ENAJENACIÓN / PROCEDENCIA DE LA ADICIÓN DE INGRESOS / MAYOR VALOR DEL ACTIVO POR GASTO FINANCIERO POR CONSTRUCCIONES

**Problema Jurídico 1:** *¿Procede la aplicación del artículo 90 del Estatuto Tributario a un contrato de lease back?*

**Tesis 1:** “En los actos demandados se adicionaron ingresos por valor de \$839.146.000 (mayor valor del costo \$769.046.619 y gasto financiero por construcciones por \$70.099.381), la primera de las sumas sustentado en el incumplimiento del artículo 90 del Estatuto Tributario (...). Lo que llevó a la Administración a determinar el precio de enajenación por un valor equivalente al costo del inmueble que fue declarado por el contribuyente, hoy actor.(...) [P]ara resolver el problema jurídico, debe tenerse en cuenta que el artículo 127-1 del Estatuto Tributario, vigente para la época de los hechos, regulaba el tratamiento del leasing financiero (comprende el *lease back*), disponiendo que el arrendatario financiero debía activar el bien objeto del contrato, y registrar un pasivo por el mismo valor del bien activado, con el derecho a llevar al gasto la parte del canon correspondiente a intereses o costo financiero, reconociendo en esencia una verdadera operación de financiación para la adquisición de activos. Para esos efectos, el parágrafo 1º de la citada norma precisa que el contrato de “*lease back*” o retroarriendo es aquel en el que el proveedor del bien objeto de arrendamiento y el arrendatario del bien son la misma persona, y el activo objeto de arrendamiento financiero tiene la naturaleza de activo fijo para el proveedor. De acuerdo con esta definición, en el caso del contrato de *lease back* el arrendatario, demandante de recursos financieros, actúa como proveedor (enajenante) de los activos para la entidad de leasing, quien a su vez lo provee de recursos, financiando el uso y goce de los bienes objeto del contrato. Conforme con lo anterior, en el contrato de *lease back* concurre una operación de compraventa, una de arriendo, todo con fines de financiamiento. Así, para determinar el precio de enajenación del inmueble en el contrato de *lease back*, se debe atender a la regulación prevista en el artículo 90 del Estatuto Tributario (vigente en la época de los hechos) toda vez que corresponde a la norma especial para la enajenación de activos **a cualquier título**, en la que se señalan los criterios que se deben tener en consideración a efectos de fijar el valor de los bienes, específicamente tratándose de bienes raíces. La previsión del artículo 90 es imperativa al determinar que cuando de bienes raíces se trata “no se aceptará un precio inferior al costo, al avalúo catastral ni al autoavalúo mencionado en el artículo 72 de este Estatuto”. Lo que significa que debe haber identidad entre el costo y el valor de la venta, lo cual precave el surgimiento de costos improcedentes. Lo anterior, en nada desnaturaliza la operación de financiamiento que subyace en el lease back, porque se trata de una regla especial para fines estrictamente fiscales. En ese entendido, el artículo 90 debía aplicarse a la operación puntualmente porque esta norma no estableció ninguna excepción en virtud de la modalidad de la enajenación de un bien raíz. El concepto de enajenación al que se refiere el citado artículo 90, debe entenderse en su sentido natural y obvio, siguiendo la regla del artículo 28 del Código Civil, como “*Vender o ceder la propiedad de algo u otros derechos*”. Así mismo, la precisión en cuanto a que tal enajenación puede hacerse a cualquier título es muestra inequívoca de que la norma no excluye ningún negocio jurídico, pues lo determinante, se insiste, es que la operación produzca un traslado de la propiedad. En el caso concreto, con ocasión de la celebración del contrato de *lease back*, mediante escritura pública (...) del 21 de diciembre de 2009, la actora enajenó a BBVA LEASING S.A., por la suma de \$1.300.000.000, el lote de terreno La Aurora junto con las construcciones. Conforme con la conciliación contable y fiscal del año 2009, observa la Sala que la demandante declaró dentro de los ingresos brutos no operacionales la suma de \$1.300.000.000 y, en otros costos la suma de \$2.069.045.712, correspondiente al total del costo del lote y la construcción en curso, lo que derivó en una pérdida de \$769.046.000 que fue computada para efectos fiscales. En esa medida, se encuentra que el precio de enajenación difería al que fue establecido por el legislador en el artículo 90 para bienes raíces, que debía corresponder como mínimo al costo, al avalúo catastral o al autoavalúo. Así en la medida que la actora había tomado como costo el valor de \$2.069.045.712, debió reflejar como valor de enajenación la misma suma, lo cual no hizo, afectando así la base de tributación. Por esa razón, considera la Sala que la adición de ingresos por \$769.046.000 para igualarlo al costo contable y fiscal, se encuentra ajustado a la legalidad. Adicionalmente, resultaba igualmente procedente, adicionar al valor del costo, el gasto financiero por construcciones de \$70.099.381 por corresponder a un mayor valor del activo, conforme fue efectuado en el renglón 50, lo cual neutraliza el mayor valor del ingreso por tal valor.”

**RENTA LÍQUIDA GRAVABLE POR ACTIVOS OMITIDOS O PASIVOS INEXISTENTES ORIGINADOS EN PERIODOS NO REVISABLES / ADICIÓN DE RENTA LÍQUIDA POR PASIVOS INEXISTENTES DE PERIODOS ANTERIORES / PROCEDENCIA DE LA ADICIÓN DE RENTA LÍQUIDA GRAVABLE POR PASIVOS INEXISTENTES ORIGINADOS EN PERIODOS NO REVISABLES / IMPROCEDENCIA DE LA ADICIÓN DE RENTA LÍQUIDA GRAVABLE POR PASIVOS INEXISTENTES ORIGINADOS EN PERIODOS NO REVISABLES / INCLUSIÓN DE**

## RENDA LÍQUIDA GRAVABLE POR PASIVOS INEXISTENTES DE PERIODOS ANTERIORES POR EL CONTRIBUYENTE CON ANTERIORIDAD A LA EXPEDICIÓN DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL / PROCEDENCIA DE LA INCLUSIÓN DE RENTA LÍQUIDA GRAVABLE POR PASIVOS INEXISTENTES DE PERIODOS ANTERIORES POR EL CONTRIBUYENTE CON ANTERIORIDAD A LA EXPEDICIÓN DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL / DOBLE TRIBUTACIÓN

**Problema Jurídico 2:** *¿Al haberse reintegrado en la declaración de renta del año gravable 2011 los valores por concepto de pasivos inexistentes generados en el año 2008, puede la Administración determinar nuevamente esta renta líquida gravable en el proceso de fiscalización de renta del año 2009?*

**Tesis 2:** “En este caso, se advierte que antes de la expedición del Requerimiento Especial (...) del 19 de agosto de 2015 que propuso la modificación del impuesto renta del año 2009 (...), el 13 de abril de 2012 fue presentada la declaración de renta del año 2011 (...) en la que el contribuyente registró rentas gravables por pasivos inexistentes en la suma de \$99.655.000. De esta manera, el contribuyente dio aplicación al primer inciso del artículo 239-1 del Estatuto Tributario, que lo autoriza a incluir como renta líquida gravable en la declaración de renta o en las correcciones el valor de los pasivos inexistentes. Nótese que en la citada normativa, dicha autorización encuentra limitación en que la adición de la renta líquida sea detectada y practicada por la Administración en un período gravable objeto de revisión. Bajo ese entendido, en este caso estaba permitido que el contribuyente declarara la adición de la renta líquida en el año 2011, porque si bien, la Administración advirtió la inexistencia de los pasivos en el proceso de fiscalización del año 2009, la adición de la renta líquida por esos pasivos se realizó formalmente en el requerimiento especial, esto es, con posterioridad a la actuación del contribuyente. Entender lo contrario, conllevaría a gravar dos veces al contribuyente por un mismo hecho – pasivo inexistente-, lo que resulta irrazonable, desproporcional e inequitativo, en tanto impondría una carga excesiva al obligado tributario. En consecuencia, no procede la adición de la renta líquida determinada en los actos demandados (...)”.

## RECUPERACIÓN POR PÉRDIDAS COMPENSADAS MODIFICADAS POR LA LIQUIDACIÓN DE REVISIÓN / RENTA LÍQUIDA POR RECUPERACIÓN DE DEDUCCIONES / RENTA LÍQUIDA POR RECUPERACIÓN POR PÉRDIDAS COMPENSADAS MODIFICADAS POR LA LIQUIDACIÓN DE REVISIÓN / NATURALEZA JURÍDICA DE LA RENTA LÍQUIDA POR RECUPERACIÓN POR PÉRDIDAS COMPENSADAS MODIFICADAS POR LA LIQUIDACIÓN DE REVISIÓN / PRESUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA RENTA LÍQUIDA POR RECUPERACIÓN POR PÉRDIDAS COMPENSADAS MODIFICADAS POR LA LIQUIDACIÓN DE REVISIÓN

**Problema Jurídico 3:** *¿La constitución de renta líquida gravable por recuperación de pérdidas fiscales compensadas en ejercicios posteriores procede en el mismo período en que se modifica la pérdida?*

**Tesis 3:** “[S]e encuentra que el artículo 199 del Estatuto Tributario regula la recuperación por pérdidas compensadas modificadas por liquidación oficial de revisión, en los siguientes términos: **“ARTICULO 199. RECUPERACIÓN POR PÉRDIDAS COMPENSADAS MODIFICADAS POR LA LIQUIDACION DE REVISIÓN.** <Fuente original compilada: L. 75/86 Art. 84 Inc. 2o.> *Las pérdidas declaradas por las sociedades que sean modificadas por liquidación oficial y que hayan sido objeto de compensación, constituyen renta líquida por recuperación de deducciones, en el año al cual corresponda la respectiva liquidación*”. Debe tenerse en cuenta que el texto del artículo 199 del Estatuto Tributario, tuvo su origen en el inciso segundo del artículo 84 de la Ley 75 de 1986, en cuya exposición de motivos, contenida en el proyecto de ley 98 de 1986, explica la propuesta de modificación al tratamiento de las pérdidas que hayan sido objeto de compensación en años posteriores al de su determinación: *«Con este artículo se busca además, que las pérdidas de las sociedades que hubieren sido materia de compensación, y fueren modificadas en un año gravable dado, constituyan renta por recuperación de deducción en el año que es materia de la modificación»*. Conforme con dicha normativa, las pérdidas declaradas por las sociedades que sean modificadas por la DIAN en una liquidación oficial y hubieren sido compensadas, constituyen renta líquida por recuperación de deducciones. A esos efectos, debe entenderse que cuando la norma indica que constituye renta líquida gravable por recuperación de deducciones *“en el año al cual corresponda la respectiva liquidación”* se refiere al año en que se expida la liquidación oficial que modifica la pérdida. Lo anterior, debido a que la norma condiciona llevar la renta líquida por la recuperación de pérdidas a que la misma -pérdida- hubiere sido modificada en una liquidación oficial de revisión, lo que implica que ese acto administrativo es un presupuesto para la constitución de la renta líquida. En ese entendido, la renta líquida gravable no se lleva en el mismo año de la modificación de la pérdida, sino en el año en que ese

acto sea proferido por la DIAN, precisamente, porque dicha liquidación sirve de fundamento para constituir la renta líquida gravable. De acuerdo con lo expuesto, no es procedente que la Administración en la misma liquidación que modifica la pérdida, constituya la renta líquida por recuperación de pérdida, porque como se ha precisado, es la liquidación de revisión analizada (año 2009) la que debe servir de fundamento a la DIAN para aplicar el artículo 199 del Estatuto Tributario en el año en que se expidió dicho acto administrativo, esto es, en el 2016. En consecuencia, no procede la renta gravable por recuperación de pérdidas (...).

### Salvamento de voto parcial de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

#### **SANCIÓN POR DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES / IMPROCEDENCIA DEL LEVANTAMIENTO DE LA SANCIÓN POR DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES / BASE DE CÁLCULO DE LA SANCIÓN POR DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES / BASE DE CÁLCULO DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD / FINALIDAD DE LA SANCIÓN POR DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES / PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN MATERIA SANCIONATORIA TRIBUTARIA / NO VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM EN MATERIA SANCIONATORIA TRIBUTARIA / PÉRDIDA FISCAL IMPROCEDENTE / SANCIÓN POR DECLARACIÓN DE PÉRDIDA FISCAL IMPROCEDENTE / SANCIÓN DE INEXACTITUD POR DECLARACIÓN DE PÉRDIDA FISCAL IMPROCEDENTE / NO EXCLUSIÓN ENTRE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD Y LA SANCIÓN POR DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES / COEXISTENCIA DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD Y LA SANCIÓN POR DISMINUCIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES**

**Tesis:** “Si bien acogiendo la posición mayoritaria de la Sala, en la sentencia proferida en el proceso de la referencia, se levanta la sanción por disminución de pérdidas fiscales (Art. 647-1 E.T), salvo mi voto porque no comparto el razonamiento de que la misma sea excluyente con la aplicación de la sanción por inexactitud (Art. 647 *ibídem*). Conforme he tenido oportunidad de advertir en salvamentos de voto anteriores, la finalidad del artículo 647-1 del ordenamiento nacional fue recoger la base inexacta que no estaba cubierta con la aplicación del artículo 647 *eiusdem*, en tanto este último solo disciplina la inexactitud que origina un mayor impuesto, que no la inexactitud que se traduce en la generación de pérdidas fiscales improcedentes. Al hilo de lo anterior, la base sancionatoria para el caso del artículo 647 se determina a partir del incremento del impuesto (valor positivo) que se traduce en un mayor valor a pagar o un menor saldo a favor, mientras que para el caso del artículo 647-1 se determina a partir de la disminución de la pérdida fiscal (valor negativo), decremento que por no tener la virtualidad de impactar el impuesto, fue asimilado por la ley, a efectos de establecer la base sancionatoria, *“como un menor saldo a favor en cuantía equivalente al impuesto que teóricamente generaría la pérdida rechazada oficialmente o disminuida en la corrección”*. Resulta evidente que se trata de dos situaciones totalmente diferentes, lo que de plano descarta la vulneración del principio *“non bis in ídem”*. Resulta corroborado lo anterior, con los propios antecedentes del artículo 647-1, los cuales ponen de presente que su razón de ser fue “presionar” la diligencia y acuciosidad de los contribuyentes en la determinación de las pérdidas fiscales, en tanto, se había convertido en una práctica común, liquidar pérdidas (créditos fiscales amortizables en el futuro), sin la rigurosidad requerida, las cuales eran posteriormente disminuidas cuando la administración tributaria determinaba su improcedencia, pero sin ninguna implicación para el contribuyente. Lo anterior fue puesto de presente por la propia Corte Constitucional, en los considerandos que sustentaron el fallo de exequibilidad del artículo 647-1 (...) Destacó la Corte que el objetivo del tipo sancionatorio era preservar la confiabilidad de las declaraciones, la cual se venía viendo afectada por la declaración de pérdidas fiscales sin la rigurosidad requerida y que, la norma sancionatoria en cuestión había modificado los supuestos para la aplicación de las sanciones por corrección y de inexactitud. Así también, resalto la Corte, apoyada en la propia exposición de motivos del artículo 647-1 que ante la sola disminución de pérdidas en un proceso de fiscalización se generaba la sanción: *“Ello resulta evidente no solo a partir del texto de la norma demandada, sino también si se tiene en cuenta que en la exposición de motivos del proyecto presentado por el gobierno, expresamente se señalaba, en relación con esta disposición que “(en) el caso de disminución de pérdidas por efecto del proceso de fiscalización, se recaudará sanción por inexactitud sobre el menor valor del impuesto que teóricamente generaría la pérdida rechazada”* (Negrilla y subrayas fuera del texto original). Resulta evidente que los artículos 647 y 647-1 regulan aspectos completamente diferentes, de manera que pueden y deben coexistir cuando los supuestos tributarios de un contribuyente así lo amerite.”.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de febrero de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 52001-23-33-000-2017-00541-

01 (24394).

#### **4. En el procedimiento de cobro administrativo coactivo de obligaciones de contenido no tributario es improcedente la excepción de interposición de demanda contra el acto administrativo que constituye el título ejecutivo y, por ende, su formulación no afecta la ejecutoriedad del mismo.**

*Síntesis del caso:* Mediante la Resolución 000360 del 25 de febrero de 2019, la Corporación Autónoma Regional del Quindío CRQ ordenó seguir adelante la ejecución tendiente a obtener el pago de la multa impuesta a una empresa, en Resolución 3085 del 29 de noviembre de 2017, por incumplir una licencia ambiental. El mismo día en que se expidió la Resolución 000360 de 2019, la ejecutada interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos sancionadores, la cual fue admitida por auto del 06 de marzo de 2019. La Sala confirmó la sentencia apelada que mantuvo la legalidad de la Resolución 000360, porque concluyó que la interposición de demanda contra el acto que impuso la multa objeto de cobro no constituye una excepción procedente contra el mandamiento de pago, respecto de los actos administrativos de contenido no tributario que constituyen el título ejecutivo que se ordenó ejecutar, por lo que su formulación no afecta su ejecutoriedad. Lo anterior, en aplicación del criterio jurisprudencial sentado en la sentencia del 14 de agosto de 2019 (exp. 23471, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez), según el cual la remisión que hace el ordinal 2º del artículo 100 del CPACA al procedimiento de cobro coactivo regulado en el Estatuto Tributario se circunscribe a las «reglas de procedimiento» que se deben seguir para adelantar el cobro coactivo de deudas no tributarias, sin afectar el concepto jurídico de «acto administrativo ejecutoriado» en los términos en los que está regulado en el artículo 99 del CPACA y que permiten adelantar su cobro con fundamento en el artículo 98 ibidem. Reiteró que en los casos en los que la deuda objeto de cobro se haya constituido con fundamento en regímenes normativos distintos al Estatuto Tributario (como ocurre en el caso enjuiciado), la «ejecutoria» del acto administrativo que la contiene se rige por lo preceptuado en el CPACA, no por lo establecido en el artículo 829 del Estatuto para los actos administrativos de contenido tributario.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO - Reglas / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO DE OBLIGACIONES NO TRIBUTARIAS – Reiteración de jurisprudencia / ALCANCE DE LA REMISIÓN AL ESTATUTO TRIBUTARIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO / ACTO ADMINISTRATIVO EJECUTORIADO / MÉRITO EJECUTIVO DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO NO TRIBUTARIO / NORMATIVA APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO DE CONTENIDO NO TRIBUTARIO / NORMATIVA APLICABLE AL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO DE CARÁCTER TRIBUTARIO / EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO / EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO NO TRIBUTARIO / FIRMEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Supuestos / EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Depende de su firmeza / EFECTOS DEL CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTENIDO NO TRIBUTARIO EN EL PROCEDIMIENTO DE COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO - No afecta la firmeza ni el carácter ejecutorio del acto / IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE INTERPOSICIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO DE OBLIGACIONES NO TRIBUTARIAS / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

*Problema Jurídico:* ¿Con la interposición de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se afecta la ejecutoriedad de un acto administrativo de contenido no tributario que constituye el título ejecutivo?

Tesis: “Acerca de la excepción al mandamiento de pago que pretende hacer valer la actora, relativa a la

interposición de demanda contra el acto de contenido no tributario que constituye el título ejecutivo, la Sala sentó jurisprudencia en la sentencia del 14 de agosto de 2019 (exp. 23471, CP: Julio Roberto Piza Rodríguez) sobre el alcance de la remisión que hace el ordinal 2.º del artículo 100 del CPACA al procedimiento de cobro coactivo regulado en el ET. (...) 4- Para la Sala, esa remisión normativa se circunscribe a las «reglas de procedimiento» que deben seguirse para adelantar el cobro coactivo de deudas no tributarias, sin afectar el concepto jurídico de «acto administrativo ejecutoriado» en los términos en los que está regulado en el artículo 99 del CPACA y que permiten adelantar su cobro con fundamento en el artículo 98 *ibidem*. Con lo cual, el mérito ejecutivo de los actos administrativos no tributarios que son objeto de cobro debe valorarse atendiendo a las reglas previstas en el Capítulo VIII del Título III de la Parte Primera del CPACA referidas a la «conclusión del procedimiento administrativo», pues el ET no es la codificación encargada de regular los criterios de formación de los actos administrativos que sustentan la ejecución, sino que lo es el CPACA. En esos términos, en los casos en los que la deuda objeto de cobro se haya constituido con fundamento en regímenes normativos distintos al ET (como ocurre en el caso aquí enjuiciado), la «ejecutoria» del acto administrativo que la contiene se rige por lo preceptuado en el artículo 89 del CPACA, no por lo establecido en el artículo 829 del ET para los actos administrativos de contenido tributario. Bajo dicha disposición del CPACA, el carácter ejecutorio del acto administrativo se configura cuando el acto ha adquirido firmeza, en los términos del artículo 87 *ibidem* (esto es, desde el día siguiente al de su notificación, si contra él no proceden recursos, o desde el día siguiente a la notificación de la decisión de los recursos interpuestos), de suerte que una vez adquirido el atributo de la firmeza y, consecuentemente, el de la ejecutoria, el acto expedido resulta obligatorio, a menos de que sea anulado por esta jurisdicción o concurra alguna de las causales de pérdida de ejecutoria indicadas taxativamente en el artículo 91 del *ejusdem*. De ahí que, a diferencia de lo que sucede con el artículo 829 del ET —que supedita la ejecutoria de los actos administrativos de contenido tributario a la decisión definitiva del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho—, en el contexto del CPACA, el ejercicio del medio de control judicial de los actos de carácter no tributario no afecta su firmeza ni su carácter ejecutorio, tal como lo establece el artículo 101 *ibidem*, al señalar que «la admisión de la demanda contra el acto que constituye el título ejecutivo no suspende el proceso de cobro coactivo». En suma, conforme a los criterios de decisión sentados por esta judicatura, aunque las excepciones listadas en el artículo 831 del ET hacen parte de las normas de cobro a las que remite el CPACA, la interposición de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho no afecta la ejecutoriedad de los actos administrativos de contenido no tributario que constituyen el título ejecutivo que se ordenó ejecutar. 5- Consecuentemente, en el caso que se juzga, la interposición de demanda contra el acto que impuso la multa objeto de cobro no constituye una excepción procedente contra el mandamiento de pago, en la medida en que el acto mencionado se encuentra en firme (artículo 87 del CPACA), goza de carácter ejecutorio (artículo 89 *ibidem*) y presta mérito ejecutivo (artículo 99 *ejusdem*).

#### **Aclaración de voto de la Consejera Stella Jeannette Carvajal Basto**

#### **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO - Reglas / ALCANCE DE LA REMISIÓN AL ESTATUTO TRIBUTARIO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO – El numeral 2 del artículo 100 del CPACA no fija un orden de prelación normativa del CPACA frente al Estatuto Tributario en los procedimientos de cobro coactivo no regidos por reglas especiales / INEXISTENCIA DE ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE COBRO COACTIVO NO REGIDOS POR REGLAS ESPECIALES/ MARCO DE APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE COBRO COACTIVO DEL ESTATUTO TRIBUTARIO**

**Tesis 1:** “Mi desacuerdo con la posición asumida por la Sala, como lo expuse en el salvamento de voto a la sentencia del 14 de agosto de 2019, radica en la interpretación dada al numeral 2 del artículo 100 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con la cual, considero que se desconoce la remisión del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, y se limita el marco de aplicación del procedimiento de cobro coactivo establecido en el Estatuto Tributario. Contrario a lo argumentado en la sentencia objeto de aclaración, el numeral 2 del artículo 100 del CPACA no determinó su aplicación preferente sobre las disposiciones del Estatuto Tributario, en relación con los procedimientos de cobro que no cuentan con reglas especiales, pues la norma es clara al señalar que los mismos «se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario», sin fijar un orden de prelación, como lo hace la providencia. Considero que el citado artículo 100 fijó una serie de remisiones que por regla general recaen en el Estatuto Tributario, y de forma residual, en el CPACA y en la legislación civil, lo cual se advierte en los numerales 2 y 3 de dicho artículo, y en el inciso final al indicar que, «para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte

Primera de este Código [...]», lo que resulta acorde con la remisión hecha por el artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, a la legislación fiscal. ”

**FALTA DE EJECUTORIA DEL TÍTULO EJECUTIVO / EXCEPCIÓN DE FALTA DE EJECUTORIA DEL TÍTULO EJECUTIVO / IMPROCEDENCIA DE LAS EXCEPCIONES CONTRA EL MANDAMIENTO EJECUTIVO EN EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO QUE ORDENA SEGUIR ADELANTE CON LA EJECUCIÓN / OPORTUNIDAD PARA FORMULAR EXCEPCIONES CONTRA EL MANDAMIENTO EJECUTIVO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COBRO COACTIVO / EXCEPCIÓN DE INTERPOSICIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia**

**Tesis 2:** En cuanto al argumento, según el cual, «la interposición de demanda contra el acto que impuso la multa objeto de cobro no constituye una excepción procedente contra el mandamiento de pago», encuentro que tal como lo advirtió el a quo, el artículo 6 del Manual de Cobro Persuasivo y Coactivo de la entidad demandada prevé que el título ejecutivo «debe haberse notificado y estar ejecutoriado, lo que sucede cuando no procedan recursos, cuando vencido el plazo para interponerlos no se hayan presentado, cuando se haya renunciado o desistido de ellos y cuando éstos o las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho se hayan decidido en forma definitiva» [...] redacción que coincide con lo señalado en el artículo 829 del ET, norma a la que se remite, que supedita la ejecutoria de los actos administrativos objeto de cobro a la decisión definitiva de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho cuando esta se ha ejercido, de ahí que discrepe de tal afirmación. Por lo anterior, concuerdo con el tribunal en el sentido que para cuando se expidió el mandamiento de pago (24 de septiembre de 2018), los actos mediante los cuales se le impuso sanción a la Empresa Multipropósito de Calarcá SAS E.S.P, que son objeto de cobro (Resoluciones nros. 136 del 29 de enero de 2018 y 1922 del 28 de junio de 2018) no estaban ejecutoriados, porque aún no había transcurrido el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuestión que debía proponerse como excepción (falta de ejecutoria), pese a lo cual, la parte actora omitió hacerlo, no siendo posible que, en este caso, en el que se juzga la legalidad del acto que ordenó seguir adelante la ejecución, se discuta ese hecho.”.

*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de febrero de 2022, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 63001-23-33-000-2019-00224-01 (25508).*

7  
SECCIÓN  
QUINTA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

## **1. Se negó la nulidad de la respuesta dada por la Registraduría Nacional del Estado Civil a la solicitud presentada por la organización política “Movimiento Ciudadano Indignados por Colombia” relacionada con la inscripción de un candidato a la Presidencia de la República de Colombia por dicho movimiento.**

*Síntesis del caso:* Se demandó la nulidad del oficio RDE- DGE – 0638 sin fecha, y de la respuesta RDE – 751 del 07 de abril de 2020, expedidos por la Registraduría Nacional del Estado Civil, como respuesta a la solicitud presentada por el movimiento político denominado “Movimiento Ciudadano Indignados por Colombia”, relacionada con la negativa en la inscripción de un candidato a la presidencia y a la vicepresidencia de la República de Colombia de dicho movimiento político para las elecciones del año 2022, aduciendo que dichos actos estaban incurso en los vicios de nulidad por “expedición irregular” e “infracción a las normas en que debería fundarse”, por no inscribir los candidatos a la presidencia y vicepresidencia de la República que representarían a dicha colectividad política. Así mismo, que se estaban desconociendo derechos adquiridos de la colectividad en mención teniendo en cuenta que se había suscrito el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. La Sala negó las pretensiones de la demanda, señalando en primer lugar que las previsiones del acuerdo no son mandatos que se puedan aplicar inmediatamente sino compromisos políticos que deben ser desarrollados por el Congreso de la República. Así mismo, concluyó la Sala que la solicitud se presentó de manera extemporánea y que la suscripción del acuerdo en manera alguna exime al movimiento político del cumplimiento de los requisitos para la inscripción de un candidato.

### **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA A LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

*Problema jurídico:* Corresponde a la Sala determinar, si los actos expedidos por la Registraduría Nacional del Estado Civil, se encuentran incurso en los vicios de nulidad por “expedición irregular” e “infracción a las normas en que debería fundarse”, por no inscribir los candidatos a la presidencia y vicepresidencia de la República que representarían a la colectividad llamada “Movimiento Ciudadano Indignados Colombia”, con el fin de participar en las próximas elecciones presidenciales que se celebrarán el 29 de mayo de 2022.

*Tesis:* “[L]a consecución del “Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, no solamente tuvo como finalidad “poner fin de una vez y para siempre a los ciclos históricos de violencia”, sino también “sentar las bases de la paz”. Significa esto último que dicho documento se erigió como el sustento axiológico y deóntico que servirá de sustrato a las políticas públicas, las cuales deben hacer honor a los altísimos compromisos que allí se pactaron. Sin embargo, la sola consolidación de un acuerdo político materializado en el mentado documento en manera alguna transmuta los compromisos allí adquiridos en normas jurídicas cuyo carácter vinculante deviene del respeto de las formalidades que el legislador estructuró para su expedición. (...). [T]odas las actividades que deba desplegar el Estado colombiano para tal cometido constituyen “compromisos”, más no “mandatos” o “imperativos legales”, por lo que corresponde a los órganos competentes del andamiaje estatal producir e incorporar al ordenamiento jurídico la normatividad que materialice el cumplimiento de las responsabilidades que adquirió. (...). [S]e insiste en que las previsiones del conocido acuerdo no son mandatos que se puedan aplicar de forma inmediata, muchos menos puede reconocérseles como derechos adquiridos – como lo insinúa el demandante –, sino que constituyen compromisos políticos del Estado que se inscriben

en el marco del respeto y garantía de la Carta Magna, con la cual deben ser armonizados a fin de orientar las reformas legales pertinentes tendientes a mejorar la calidad de la representación y participación política de los grupos minoritarios. (...). [N]o le era exigible a la autoridad demandada acoger favorablemente la solicitud que en sede administrativa efectuó el demandante, en cuanto, en primer lugar, ello supondría dar trámite a una inscripción que se hizo de manera extemporánea el 3 de febrero de 2020. (...). Y en segundo término, debido a que si bien el Estado se comprometió a implementar mecanismos idóneos que faciliten la participación política de ciertos grupos minoritarios que actualmente no tienen representación, en manera alguna ello conlleva de facto a que dichas colectividades se encuentren exentas de cumplir con los requisitos contenidos en la Ley 1475 de 2011 (...) y sin los cuales no sería posible la inscripción de un candidato. En este orden, la negativa de la entidad demandada en inscribir a un candidato presidencial y su fórmula vicepresidencial no puede considerarse como una actuación restrictiva de los derechos políticos del “Movimiento Ciudadano Indignados Colombia”, por el contrario, se ajustó a lo establecido en el artículo 8° de la Ley 996 de 2005 (...) y en el artículo 30 de la Ley 1475 de 2011.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 20 de enero de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2020-00093-00.

## **2. Se confirmó la sentencia que declaró la nulidad del acto de designación del rector de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia.**

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de designación del rector de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia, alegando que, (i) el periodo del representante del sector productivo no estaba vigente para la fecha de la designación del demandado; (ii) el delegado del Presidente de la República estaba impedido para participar en dicha designación teniendo en cuenta que sobre él recaía un conflicto de intereses; y, (iii) que se presentaron inconsistencias e irregularidades en los sufragios de los integrantes del Consejo Directivo del Tecnológico de Antioquia. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia que acogió las pretensiones de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, luego de concluir que (i) el representante del sector productivo que participó en la elección rector del Tecnológico de Antioquia, no estaba habilitado para ello como consecuencia del vencimiento de su periodo estatutario; (ii) el delegado del presidente de la República ante el Consejo Directivo del TDEA, debió declararse impedido para participar en la reunión eleccionaria de 12 de noviembre de 2020; y, (iii) se presentaron irregularidades relacionadas con la conformación de una terna indebida.

### **NULIDAD ELECTORAL / RECTOR DEL TECNOLÓGICO DE ANTIOQUIA / FUNCIONARIO DE HECHO / IMPEDIMENTO / CONFLICTO DE INTERESES / IRREGULARIDADES EN EL PROCESO DE ELECCIÓN**

**Problema jurídico:** Corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado resolver si la sentencia de 14 de octubre de 2021 debe ser revocada, modificada o confirmada, a la luz de los argumentos expuestos en los memoriales impugnatorios, que conllevan establecer: (i) Si el periodo del representante del sector productivo, señor Jorge Mario Uribe Vélez, estaba vigente para la elección de 12 de noviembre de 2020, en la que se designó al demandado como rector del TDEA, lo que implica desentrañar el extremo inicial desde el que debe computarse el plazo de 2 años erigido en el artículo 13 del Estatuto de esa institución universitaria. (ii) Si sobre el delegado del presidente de la República, señor Luis Norberto Guerra Vélez, recaía un conflicto de intereses que le impedía participar en la reunión eleccionaria censurada, como consecuencia del nombramiento de su hermano al interior del establecimiento por parte del señor Lorenzo Portocarrero Sierra, rector saliente y candidato a reelección. (iii) Si las posibles inconsistencias identificadas en los sufragios de los mencionados integrantes del Consejo Directivo del TDEA pueden llevar a la nulidad de la elección del accionado, como consecuencia de la alteración del resultado final, a la manera como lo consideró el Tribunal de instancia.

**Tesis:** “El representante del sector productivo dispone de 2 años para el ejercicio de sus labores al interior del Consejo Directivo del TDEA. Por su parte, la contabilización de este plazo se hará –de acuerdo con la norma– desde “la elección o designación, según sea el caso.” (...). [E]ste representante no es designado, sino, por el contrario, es elegido por el Consejo Directivo del TDEA, en el contexto de un procedimiento en el que se expresan diversas voluntades y en el que la mayoritaria se impone al final. (...). [L]a Sala descarta la aplicación de la teoría del funcionario de hecho en el asunto del que conoce, al advertir que el ejercicio de las funciones públicas puestas en marcha por el representante del sector productivo fueron tachadas de ilegales en el marco del trámite estudiado con fundamento en cuerdas argumentales razonables, que impiden sostener que su intervención fue percibida como adecuada desde un punto de vista normativo, faltando así la verosimilitud que exige esta teoría para entrar en operatividad. (...). [L]a Sección Quinta del Consejo de Estado afirma que el representante del sector productivo que participó en la elección del señor Leonardo García Botero, como rector del TDEA, no estaba habilitado para ello como consecuencia del vencimiento de su periodo estatutario. (...). La Sala descarta el primero de los argumentos propuestos por los recurrentes, al advertir que la transgresión del régimen de impedimentos sí detenta capacidad anulatoria respecto de los actos de elección. (...). [E]sta Sección estima que el señor Luis Norberto Guerra Vélez, delegado del presidente de la República ante el Consejo Directivo del TDEA, debió declararse impedido para participar en la reunión eleccionaria de 12 de noviembre de 2020, en la que se escogió al rector del establecimiento, por cuanto, en la decisión a adoptar, su hermano Ramiro de Jesús Guerra Vélez, disponía de un interés particular y directo, como consecuencia de su posición laboral al interior del instituto de educación tecnológica de Antioquia. (...). [E]l empleo desempeñado por el pariente del consejero acusado ostenta el cargo de profesional universitario, (...) que si bien desarrolla sus funciones en el Departamento de Extensión de la Institución, pende directamente de la rectoría del TDEA, siendo considerado un cargo de libre nombramiento y remoción, sujeto a la facultad discrecional erigida en el Decreto N°. 2400 de 1968 por parte del representante legal de la Institución, a saber, del rector. (...). En primer lugar, la Sección Quinta del Consejo de Estado resalta que el apartamiento del delegado del presidente de la República y el representante del sector productivo de la reunión eleccionaria de 12 de noviembre de 2020, (...), no perjudica el quorum deliberatorio y decisorio necesario para elegir al rector del TDEA. (...). [L]as irregularidades presentadas en el proceso de elección del demandado conllevaron la conformación de una terna indebida, como lo estimó el fallador de primera instancia, comoquiera que no estuvo totalmente conformada por los aspirantes que hubieren obtenido la mayor cantidad de postulaciones, pues uno de ellos, Lorenzo Portocarrero Sierra, presentaba un empate con otras candidaturas que no fue resuelto. (...). [L]a indebida configuración de la terna llevó a transgredir la igualdad de condiciones que debía imperar entre los postulantes al cargo de rector del TDEA. (...). [L]a providencia de 14 de octubre de 2021 del Tribunal Administrativo de Antioquia deba ser confirmada al presentarse irregularidades decisivas en la conformación de la terna final, que impactan el resultado final, al no saber si, correctamente concebida, una terna diferente hubiere conservado el resultado de la elección censurada, constituyéndose como una anomalía insalvable que afecta de manera directa la elección definitiva.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 20 de enero de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 05001-23-33-000-2021-00104-01.

### **3. Se confirmó la sentencia que negó la nulidad del acto de elección de un concejal del municipio de Piedecuesta.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección de un concejal del municipio de Piedecuesta, Santander, alegando que incurrió en la prohibición de doble militancia al apoyar a un candidato a la alcaldía de dicho municipio de un partido político distinto al del partido que lo avaló como aspirante al concejo de Piedecuesta. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las pretensiones de la demanda, al concluir que no se acreditó que el demandado hubiese apoyado de manera explícita la candidatura de algún candidato de otro partido político.*

## **NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL CONCEJAL MUNICIPAL / PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA POLÍTICA / DOBLE MILITANCIA POLÍTICA EN LA MODALIDAD DE APOYO**

*Problema jurídico:* Corresponde a la Sección resolver, en los precisos términos expuestos en el recurso de apelación, si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia del 15 de octubre de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en la que negó las pretensiones de nulidad del acto de elección del señor Andrés Rogerio Ayala Rojas al Concejo del Municipio de Piedecuesta, Santander, para el periodo 2020-2023 por el partido Alianza Social Independiente - ASI. Para el efecto, la Sala determinará si las pruebas aportadas y practicadas en el proceso acreditan que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia, consagrada en el numeral 8° del artículo 275 del CPACA, esto es, si el demandado incurrió en doble militancia por apoyar a un candidato para la Alcaldía del Municipio de Piedecuesta distinto al inscrito por su partido de arraigo político.

**Tesis:** “Al verificar el elemento objetivo de la conducta, consistente en apoyar candidatos de otros partidos, el mismo no se cumple en la medida que para el día que en criterio de la parte actora se produjo el presunto respaldo irregular, esto es, el 20 de julio de 2019, el señor Jorge Armando Navas Granados no tenía aspiraciones electorales, es decir, no fungía como candidato para algún cargo de elección popular. (...). [E]l apoyo que prohíbe la norma necesariamente debe recaer en un candidato, esto es, en quien tiene una aspiración electoral concreta producto de contar con el aval de una organización política y cuya candidatura está debidamente inscrita ante la organización electoral, condición que para el 20 de julio de 2019 no recaía en el señor Jorge Armando Navas Granados, pues conforme se probó en el proceso, se inscribió como candidato a la Alcaldía del Municipio de Piedecuesta hasta el día 27 de julio de 2019. (...). [N]o se demostró que el demandado haya promovido, autorizado o dispuesto la presencia del señor Jorge Armando Navas Granados en la reunión del 20 de julio de 2019, con la finalidad de exteriorizar, mediante actos positivos y concretos, su apoyo a sus aspiraciones electorales que, valga reiterar, no tenía en ese momento. (...). [E]s preciso señalar que esta Sala no llegó a un estado de convicción que permita tener por acreditada la conducta de doble militancia por parte del demandado Andrés Rogerio Ayala Rojas, ya que la misma no afloró de manera evidente o de bulto que permitan superar toda duda razonable. El análisis expuesto descarta, desde luego, el cumplimiento de los demás elementos de la conducta, en la medida que no se demostró el apoyo en cuestión, ya que no se probó algún acto de respaldo político del demandado hacia el señor Navas Granados desde la inscripción de aquel como candidato al Concejo, hasta el 2 de agosto de 2019, y las actividades con posterioridad a esa fecha se llevaron a cabo en el marco de la adhesión del Partido ASI a la campaña de este a la alcaldía, con lo que se descarta el elemento temporal.”

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 27 de enero de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 68001-23-33-000-2020-00064-01.

## **4. Se negó la nulidad del acto de nombramiento del gerente de Empresas Públicas de Medellín.**

*Síntesis del caso:* Se demandó la nulidad del acto de nombramiento del gerente de Empresas Públicas de Medellín, aduciendo que el demandado está incurso en la causal de inhabilidad contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, según la cual a los miembros de las juntas directivas de entidades descentralizadas les está prohibido prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuaron, dentro del año siguiente a su retiro. La Sala revocó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que declaró la nulidad del acto de elección demandado, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, luego de concluir que la prohibición establecida en la norma citada, no aplica al demandado, en lo que tiene que ver con el elemento de prestar servicios profesionales, pues ello alude a la celebración de un contrato y no a la vinculación legal y reglamentaria mediante la cual accedió a dicho cargo.

## **NULIDAD ELECTORAL / DESIGNACIÓN DE GERENTE DE LA EMPRESA / EPM / PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES / CAMBIO DE JURISPRUDENCIA**

**Problema jurídico:** *Se contrae a determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo apelado. En tal sentido, se debe establecer si es o no aplicable la disposición normativa invocada, a partir de los argumentos plasmados en la alzada, esto es, sí el acto de nombramiento del gerente de Empresas Públicas de Medellín EPM está viciado de nulidad por presuntamente estar incurso en la causal de nulidad contenida en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, según la cual a los miembros de las juntas directivas de entidades descentralizadas les está prohibido prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actuaron, dentro del año siguiente a su retiro.*

**Tesis:** “Para el caso, que ocupa a la Sala, debe advertirse que está probado que el señor Jorge Andrés Carrillo Cardozo era integrante de la Junta Directiva de EPM y renunció el 13 de abril de 2021. (...). De igual manera se acreditó que mediante Decreto 0281 de 13 de abril de 2021, el alcalde de Medellín nombró al demandado. (...). [E]s claro para este juez de lo electoral que el caso debe analizarse como la presunta inhabilidad en la que pudo incurrir el demandado pues al renunciar al cargo como integrante de la junta directiva de EPM, fue nombrado gerente de la misma entidad, durante el periodo inhabilitante. Establecido lo anterior, para la Sala resulta necesario enunciar los requisitos que deben estar presentes para tener por configurada la inhabilidad contenida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, siendo estos: i) sujeto activo: miembros de las juntas o consejos y gerentes o directores; ii) periodo inhabilitante dentro del año siguiente a su retiro; iii) conducta prohibida: prestar sus servicios profesionales en la entidad que actuaron y tampoco en las que hagan parte del sector administrativo al que aquella pertenece. Como ya se expuso, están demostrados los primeros dos requisitos en tanto que el demandado era integrante de la junta directiva de EPM y antes de un año fue nombrado gerente general de la misma entidad, siendo lo pertinente entrar a resolver si también se cumple el tercero de estos elementos, pues la ausencia de este no permitirá tener como configurada la inhabilidad de la cual se le acusa. (...). [D]e conformidad con el acto por medio del cual se nombró al demandado como gerente general de EPM y de las normas que rigen a la entidad, se advierte que se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, con vinculación legal y reglamentaria, que tiene la calidad de funcionario público y es designado por el alcalde de Medellín. (...). [L]a ejecución de actividades tendientes a la prestación de servicios profesionales, apunta a acompañar o apoyar a la entidad, con el fin de satisfacer las necesidades de la entidad contratante en lo relacionado con la gestión administrativa o el funcionamiento que ellas requieran a través de conocimiento especializado de personas catalogadas en el ordenamiento jurídico como profesionales. Así las cosas, en atención al tipo de vinculación legal y reglamentaria del demandado, en razón de haber sido nombrado por el alcalde de Medellín como gerente general y de su posterior posesión, no puede concluirse que se trata del desempeño o prestación de servicios profesionales. (...). Así pues, (...) esta Sala de Decisión concluye que la prohibición establecida en el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 no es aplicable al demandado gerente de EPM, pues el contenido del artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, en cuanto al elemento de prestar sus servicios profesionales en la entidad, no alude a la vinculación legal y reglamentaria mediante la cual accedió a dicho cargo y con ello al servicio público, si no a la celebración de un contrato con diferente objeto. (...). [A]unque esta Sala de Decisión en la sentencia de 24 de junio de 2004 concluyó que la expresión “servicios profesionales” (...), no solo corresponde a los servicios derivados de un contrato de prestación de servicios, sino también a la vinculación legal y reglamentaria, en dicha ocasión no se tuvieron en cuenta los argumentos hoy objeto de análisis por parte de esta colegiatura. Razón por la cual, (...) se cambiará la postura allí fijada, así pues, en concordancia con la aplicación taxativa e interpretación restrictiva de las inhabilidades, el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 solo es aplicable cuando se presten servicios profesionales mediante la celebración del respectivo contrato y que no podrá configurarse cuando la vinculación derive de una relación legal y reglamentaria.”

**Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 15 de diciembre de 2021; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 05001-23-33-000-2021-00936-01.**

9

**SALA DE CONSULTA  
Y SERVICIO CIVIL**



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. La Sala de Consulta y Servicio Civil realizó el análisis sobre los mecanismos jurídicos que puede adoptar el Ministerio de Transporte para garantizar la continuidad del servicio del Registro Único Nacional de Tránsito – RUNT bajo los supuestos consistentes en que aún no exista un nuevo operador al momento de culminar el Contrato de Concesión 033 de 2007.

*Síntesis del caso:* El Ministerio de Transporte presentó una consulta referente a la posibilidad de prorrogar y adicionar el contrato de concesión para la prestación del servicio público del Registro Único Nacional de Tránsito - RUNT, en atención a la necesidad de dar continuidad a la prestación del servicio público contratado.

CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / CONTRATO DE CONCESIÓN / PARTES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / REMUNERACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN / CLASES DE CONTRATO DE CONCESIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO / CARACTERÍSTICAS DEL REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO / VALOR DEL CONTRATO ESTATAL

*Problema jurídico 1:* ¿El valor del contrato de concesión 033 de 2007 se debe determinar por el 100% del valor de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por la expedición de certificados de información durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato?

**Tesis:** “[L]a interpretación de las cláusulas segunda, octava, novena del contrato de concesión 033 de 2007, en armonía con las Leyes 769 de 2002 y 1005 de 2006, permite concluir que el valor del contrato se determina por el 100% del valor de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato. Dado que la cláusula novena del contrato de concesión fue modificada por los otrosíes 1 y 6, corresponde a la Sala determinar si la conclusión a la que arribó en precedencia se mantiene o se altera. [E]l otrosí 1 del 8 de agosto de 2007 realiza una redistribución interna para efectos operativos y de ejecución del contrato, en el sentido de que del 100% de las tarifas que se recaudan por el concesionario, ahora se cede al concesionario el 94% de la tarifa: 91% que se mantiene como «ingreso esperado», y el 3% del total de la Tarifa que se debe destinar a la Subcuenta 3 - 'Interventoría', para el pago, a partir del tercer año de ejecución del Contrato de Concesión, de los gastos de la Interventoría que contrate el MINISTERIO de forma autónoma, todo según lo previsto en la cláusula CUADRAGÉSIMO QUINTA del Contrato. Por su parte, el 6% restante que constituye un porcentaje de la tarifa no cedido al concesionario, se distribuye para la destinación específica allí señalada. Se aprecia que la variación fundamental alude a que originalmente el porcentaje no cedido al concesionario ascendía al 9%, de los cuales el 3% debía destinarse al pago de la interventoría, mientras que con el otrosí 1, el mencionado 3% es cedido al concesionario para el pago de la interventoría. Esta redistribución de los valores cedidos y no cedidos, para los solos efectos del valor del contrato, en nada modifican la conclusión a la que arribó la Sala, pues es claro que este continúa determinándose por el 100% del valor de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información durante la Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato, sin que dicho valor se vea afectado por los porcentajes cedidos o no cedidos al concesionario. Lo mismo puede decirse respecto de la modificación efectuada mediante el otrosí 7 del 31 de marzo de 2010, pues se limita a señalar que el 6% de la totalidad de la tarifa, que corresponde al porcentaje de los derechos económicos no cedidos al concesionario, se destinará para la investigación y desarrollo de nuevas tecnologías dirigidas a asuntos de seguridad en el sector del tránsito y transporte y, para sufragar los gastos en que pueda incurrir el MINISTERIO por concepto de administración del presente Contrato; y del contrato de Interventoría, de conformidad con el numeral 5 del artículo séptimo de la Ley 1005 de 2006”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza y características del contrato de concesión de servicios públicos, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 11 de junio de 2014, Radicación No. 25000-23-27-000-2010-00156-01(18661) y Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2016, radicación No. 25000-23-26-000-2010-00461-01(45215).

## **CONTRATO DE CONCESIÓN / REMUNERACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO / VALOR DEL CONTRATO ESTATAL / VALOR INICIAL DEL CONTRATO ESTATAL**

**Problema jurídico 2:** *¿El valor inicial del contrato de concesión 033 de 2007 se calcula a partir del valor total del contrato más la oferta económica aceptada por el Ministerio de Transporte con los ajustes de valor correspondientes, expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes?*

**Tesis:** “En atención a la doctrina de la Sala expuesta, a la jurisprudencia arbitral y a las menciones al derecho comparado, el cálculo del «valor inicial» es un asunto particularmente complejo y, además, en lo atinente a la jurisprudencia nacional, las referencias existentes no aluden al contrato de concesión, sino al contrato de obra, lo que lleva a la Sala a realizar una labor interpretativa inédita. (...) Con base en las anteriores consideraciones, en los documentos precontractuales aportados y en el contrato de concesión 033 de 2007, la Sala concluye: a) El valor total del contrato se determina por el 100% del valor de las Tarifas por ingreso de datos al RUNT y por expedición de certificados de información durante la «Fase de Operación, Actualización y Mantenimiento del Contrato». b) La suma de TRESCIENTOS MIL MILLONES de pesos (\$300.000.000.000) «de 31 de diciembre de 2006» (oferta económica aceptada por el Ministerio de Transporte), corresponde al 91% del valor de las tarifas del contrato, el cual aparece como el estimado o aproximado por el que las partes suscribieron el contrato. Ahora, usualmente en los pliegos de condiciones se establece que, sobre las sumas consideradas en los procesos de selección, se deben realizar los ajustes de valor que correspondan en el momento del perfeccionamiento del contrato. No obstante, en el presente caso se aprecia que las tarifas que sirvieron de base para la oferta económica también correspondían a pesos de «diciembre 31 de 2006», y expresamente se ordenó que debían ajustarse al «inicio de la Concesión con la inflación ocurrida entre el 31 de diciembre de 2006 y el Acta de Inicio de Ejecución del Contrato», según el numeral 9.4 del pliego de condiciones. Por lo anterior, se muestra evidente que dicho ajuste también debería operar respecto del valor inicial del contrato resultante de la operación aritmética propuesta, aspecto que será observado por la Sala en la medida que constituye la «ley del proceso de selección». El valor inicial del contrato ajustado en los términos anteriores deberá expresarse en salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

## **CONTRATO DE CONCESIÓN / REMUNERACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / ADICIÓN AL CONTRATO ESTATAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / PLAZO DEL CONTRATO ESTATAL / MODIFICACIÓN DEL PLAZO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 3:** *¿Los contratos de concesión de servicios públicos deben observar la restricción contenida en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según la cual «los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales?»*

**Tesis:** “Lo explicado permite deducir que, en principio, la prórroga de los contratos estatales no tendría relación con la limitación prevista en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en tanto que esta se refiere a la adición de los contratos, en lo atinente a su valor y, eventualmente, a su objeto, mientras que la prórroga solo se refiere, por sí misma, al plazo. Sin embargo, es necesario reconocer que otras situaciones resultan menos claras, como la que se presenta con aquellos contratos estatales de ejecución sucesiva en los que la contraprestación o remuneración al contratista o a la entidad contratante, según el caso, se pacta en forma periódica y proporcional a los bienes o servicios suministrados por la otra parte, también de forma continua. Tal es el caso del contrato de concesión. En efecto, en este caso la prórroga del contrato de concesión no conlleva solamente a la extensión del plazo en el que deben seguirse ejecutando las obligaciones de las partes, sino también la continuidad de las contraprestaciones pactadas. Se observa claramente que la prórroga del contrato implica, para una de las partes, la necesidad de continuar realizando gastos e inversiones, y, para la

otra parte, honrar la contraprestación acordada. Es evidente, entonces, que, en tales hipótesis, la prórroga del contrato produce un claro efecto económico, que podría ser interpretado, en principio, como una adición al valor inicial del contrato. (...) De lo anterior se infiere, entonces, que, en los contratos estatales de concesión, el plazo está estrechamente ligado al valor de las inversiones que deben efectuarse y al monto de los ingresos que se espera obtener, incluyendo el porcentaje que tenga derecho a percibir el concesionario, para recuperar tales inversiones y obtener la utilidad esperada. Es por esta razón que varias normas especiales que han regulado o regulan actualmente el contrato de concesión establecen la relación que existe, en esta clase de negocios jurídicos, entre el valor y el plazo, y la forma como ambos elementos pueden o deben conjugarse para aplicar los límites fijados por la ley para la modificación de estos contratos, tal como se explicó en el numeral 4 de este concepto al aludir las Leyes 1474 de 2011 y 1508 de 2012. (...) Por esta razón, las normas mencionadas, especialmente aquellas de la Ley 1508 de 2012 establecen límites a la adición y a la prórroga de los contratos para la realización de proyectos de asociación público-privada que involucran simultáneamente los dos elementos. Todo lo anterior permite concluir que, en los contratos de concesión, dada su naturaleza y estructura económica - financiera (ligada al valor de las inversiones que deben efectuarse y al monto de los ingresos que se espera obtener, entre otros), las prórrogas deben ser cuantificadas o valorizadas, y generan, por regla general, una adición al valor inicial del contrato (sin perjuicio de las otras adiciones que se pacten, simultánea o posteriormente), para efectos del cumplimiento del límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. (...) [E]s importante reiterar que en los contratos de concesión, dada su naturaleza y estructura económica - financiera (ligada al valor de las inversiones que deben efectuarse y al monto de los ingresos que se espera obtener, entre otros), las prórrogas generan, por regla general, una adición al valor inicial del contrato (sin perjuicio de las otras adiciones que se pacten, simultánea o posteriormente), lo que lógicamente implica un mayor valor del contrato, y por lo mismo están sujetas al límite previsto en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80. Dentro de este marco, la prórroga de los contratos de concesión de servicios públicos no solo es excepcional, sino que, insiste la Sala, debe observar la restricción contenida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según la cual «los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los límites a la facultad de modificación de los contratos estatales, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012. Exp. 23966 y sentencia del 29 de mayo de 2013, Radicación No. 76001-23-31-000-1997-25178-01(27926). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

## **CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO / SERVICIOS PÚBLICOS / PRINCIPIO DE LA CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

**Problema jurídico 4:** *¿La obligación de observar y garantizar la continuidad del RUNT recae tanto en el Ministerio de Transporte, como titular del servicio, así como en el contratista Concesión RUNT S.A. ?*

**Tesis:** «Se resalta que la Sala sostuvo que el RUNT, de conformidad con la ley, es un servicio público, debido a que «se encuadra dentro de la función administrativa de registro, o actividad de registro, cuya esencia es la de brindar información y dar seguridad a los actos jurídicos realizados por los asociados, para lo cual debe proceder, a inscribir o abrir las matrículas para tales actos, anotar las circunstancias que afecten o modifiquen las inscripciones iniciales, y certificar en favor de los interesados o del mismo Estado, sobre los hechos y actos sometidos a registro». Y, adicionalmente, porque «cuando la ley le entrega al Ministerio de Transporte la obligación de construir un Registro Único Nacional de Tránsito, en el cual se deban inscribir los actos jurídicos relacionados con los automotores, los conductores, las empresas, las sanciones etc., está organizando un servicio público mediante la coordinación total, permanente y obligatoria con todos los organismos de tránsito del país con el fin de inscribir, informar, certificar y custodiar la documentación e información que le suministren los asociados y las mismas autoridades sobre los actos y los hechos relevantes para el transporte terrestre en todo el territorio nacional, unificando los archivos e informaciones de las diferentes dependencias de policía local con esta función». En esta oportunidad, frente a sus pronunciamientos previos, la Sala agrega que, desde una óptica de principios y valores superiores, el RUNT al que se refieren los citados artículos 8 y 9 de la Ley 769 de 2002 encaja dentro del concepto de servicio público al que se refiere el texto constitucional, especialmente los artículos 365 y 366, en tanto que representa una actividad que contribuye a la convivencia pacífica, al mejoramiento de la calidad de vida de la población y al bienestar general. (...) De este modo, se concluye que la continuidad en materia de servicios públicos puede ser entendida de dos maneras: por una parte, como un principio esencial instituido en pro de los usuarios, que apunta a que se garantice una óptima prestación de las

actividades correspondientes, y por otra, como un deber de la Administración, la cual puede acudir a «medios exorbitantes al derecho común», (...), así como también de los contratistas del Estado, que solo es posible excusar ante situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, y cuyo incumplimiento se considera como una conducta contraria al orden constitucional y legal. De la anterior premisa queda claro que en lo que atañe al tema consultado la obligación de observar y garantizar la continuidad del RUNT, en tanto deber, no solo recae en el Ministerio de Transporte como titular del servicio, sino también en el contratista Concesión RUNT S.A., quien mediante el Contrato de Concesión No. 033 de 2007, se obligó a cumplir con un el desarrollo de un servicio público, a través del cual se concretan unas finalidades de rango constitucional (C.P. art. 365) y legal (Ley 80. Art. 3°)».

### **CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO / SERVICIOS PÚBLICOS / PRINCIPIO DE LA CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO**

***Problema jurídico 5:** ¿La celebración de un contrato interadministrativo para la operación del RUNT de manera temporal, mientras se concluye la licitación pública para escoger el nuevo operador, resulta procedente desde el punto de vista jurídico y fáctico?*

**Tesis:** “Como lo dispone el artículo 8 de la Ley 769 de 2002 el Ministerio puede acudir a terceros, sean ellos un particular o una entidad estatal para el funcionamiento del RUNT, último caso que supone la aplicación del principio de colaboración interinstitucional y armónica como eje articulador de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades del Estado, previsto en los artículos 113 y 209 de la Constitución Política (...). Una de las maneras de concretar el mandato constitucional de colaboración interinstitucional es la celebración de contratos y convenios interadministrativos, figuras alternativas a las que podría recurrir el ministerio consultante para dar continuidad a la prestación del servicio del RUNT (...) En conclusión, dadas las especiales connotaciones prácticas y de complejidad del servicio del RUNT, se estima que desde el punto de vista jurídico y fáctico sería posible celebrar un contrato interadministrativo, con una entidad que cuente con la capacidad técnica, jurídica y financiera para desarrollar la operación del RUNT, lo cual, en todo caso sería estrictamente temporal -plazo limitado mientras se concluye la licitación pública a través de la cual ha de escogerse el nuevo operador-. En forma adicional, le corresponderá al Ministerio de Transporte analizar, para la fecha en que pueda optar por el uso de estas causales, la situación jurídica de vigencia de las leyes especiales sobre las garantías electorales que impongan restricciones adicionales transitorias para el uso de las causales de contratación directa. Lo anterior, teniendo en cuenta las recientes decisiones judiciales que se han proferido al respecto, y los posibles pronunciamientos futuros del Consejo de Estado y de una eventual revisión de las decisiones de tutela por la Corte Constitucional, así como de la acción pública de inconstitucionalidad que también cursa en esta última corporación”.

### **CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS / REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO / PRINCIPIO DE LA CONTINUIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / DECLARACIÓN DE URGENCIA MANIFIESTA**

***Problema jurídico 6:** ¿Es competencia del Ministerio de Transporte la evaluación de la procedencia excepcional de la eventual declaratoria de la urgencia manifiesta para contratar directamente la operación del RUNT?*

**Tesis:** “Sobre la urgencia manifiesta la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el artículo 42 de la Ley 80 de 1993, contempla distintas hipótesis fácticas, específicas y autónomas, que permiten declararla, dentro de las cuales se encuentra la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación de un servicio y, la ocurrencia de situaciones excepcionales que demanden actuaciones inmediatas e imposibiliten acudir a los procedimientos de selección. También ha aclarado el Consejo de Estado que se acude a la urgencia manifiesta, previa configuración real y efectiva de las precisas causales que el legislador establece en el artículo 42 de la Ley 80 de 1993 y que estarán sujetas al control fiscal respecto de los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración, a que se refiere el artículo 43 de la misma norma. (...) De acuerdo con las disposiciones normativas ya señaladas, la Sala ha destacado los elementos de la urgencia manifiesta, así: (i) es una excepción a los procedimientos que como regla general rigen para la selección de los contratistas del Estado; (ii) aplica solo cuando debe garantizarse la continuidad del servicio o conjurarse situaciones de calamidad pública, y con

las reglas generales se hacen imposibles tales propósitos; (iii) debe ser declarada mediante acto administrativo debidamente motivado; se trata de la explícita y fundamentada voluntad unilateral de la autoridad competente que tiene como efecto jurídico su habilitación para la celebración directa de los contratos requeridos por las situaciones que deben resolverse; (iv) con la excepción de las reglas atinentes a su formación, perfeccionamiento y requisitos de ejecución, propios de la urgencia manifiesta que demanda el servicio, los contratos que se suscriban deben reunir los requisitos establecidos en el Estatuto General de Contratación, puesto que la figura de la urgencia manifiesta no prevé alteración alguna a tales requisitos; (v) el mal uso de la figura es causal de mala conducta. (...) [E]l RUNT, por mandato legal recogido en el parágrafo segundo de la citada cláusula, incorpora un conjunto de registros que resultan esenciales para garantizar la continuidad del servicio público de transporte dada su relación directa con los bienes, actividades y sectores de tránsito y transporte. Es pertinente resaltar la importancia de los registros públicos del RUNT en función de la seguridad de la información que se encuentra intrínsecamente vinculada al servicio público de transporte (...). La seguridad y certeza junto con la publicidad y oponibilidad, que caracterizan a estos registros públicos determinan la necesidad de garantizarlos, sin solución de continuidad, pues son de la esencia para la prestación del servicio público de transporte y para su debido funcionamiento y configuran su razón de ser, como elemento de juicio para la eventual declaratoria de la urgencia manifiesta, cuya valoración sobre su procedencia corresponde al Ministerio de Transporte. No obstante, la revisión del ordenamiento jurídico hecha en los puntos precedentes permite concluir que la declaratoria de urgencia manifiesta para contratar directamente resulta excepcional”.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2473 del 16 de febrero de 2022; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2021-00167-00(2473)

## **2. La compensación económica de las vacaciones al retiro definitivo del servidor judicial, debe corresponder a la suma equivalente a los días de descanso a que tendría derecho, proporcionalmente por los días trabajados hasta el momento del retiro, y su liquidación debe hacerse sobre la asignación o el ingreso básico más los factores salariales que le han sido reconocidos ordinariamente, lo que incluye la bonificación judicial, la bonificación por compensación y la prima especial de servicios mensual.**

*Síntesis del caso: El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, por solicitud del Director Ejecutivo del Consejo Superior de la Judicatura, presentó una consulta mediante la cual indagó sobre cuáles son los factores a tener en cuenta para la liquidación de la compensación de las vacaciones en dinero para los servidores de la Rama Judicial.*

CONCEPTOS DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / PRESTACIONES SOCIALES EN LA RAMA JUDICIAL / PRIMA ESPECIAL EN LA RAMA JUDICIAL / PRIMA ESPECIAL PARA MAGISTRADOS DE LAS ALTAS CORPORACIONES JUDICIALES / PRIMA ESPECIAL PARA MAGISTRADOS DE TRIBUNAL Y OTROS FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL / BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL / PAGO DE BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL / BONIFICACIÓN JUDICIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO DE LA RAMA JUDICIAL / COMPENSACIÓN DE VACACIONES / COMPENSACIÓN DE VACACIONES EN DINERO / FACTORES DE LIQUIDACIÓN DE LA COMPENSACIÓN DE VACACIONES EN DINERO / COMPENSACIÓN DE VACACIONES EN DINERO PARA SERVIDOR PÚBLICO DE LA RAMA JUDICIAL

**Problema jurídico:** *¿En la liquidación de la compensación de las vacaciones en dinero para los servidores de la Rama Judicial, al momento de su retiro definitivo, se debe incluir la bonificación por compensación, la bonificación judicial y la prima contemplada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992?*

**Tesis:** “Respecto del ingreso base sobre el cual debe ser liquidada la compensación económica de las vacaciones, al retiro definitivo del servidor debe ser la remuneración que corresponde al empleado en cada caso, legal o reglamentariamente. Así, pues, la compensación económica de las vacaciones al retiro definitivo del trabajador, debe corresponder a la suma equivalente a los días de descanso a que tendría derecho, proporcionalmente por los días trabajados hasta el momento del retiro, y su liquidación debe hacerse sobre la asignación o el ingreso básico más los factores salariales que le han sido reconocidos ordinariamente, según el caso, lo que incluye la bonificación judicial, la bonificación por compensación y la prima especial de servicios mensual, objeto de la consulta. Ciertamente, si al pagar la compensación de vacaciones no se tuvieran en cuenta la prima y las bonificaciones a que se refiere el presente concepto, las que, como señala el consultante, sí se pagan cuando se produce el disfrute efectivo de las vacaciones, se produciría un efecto contrario a los principios generales. En efecto, si por ejemplo, el servidor público no pudo disfrutar de sus vacaciones por razones del servicio, no recibiría entonces por dicho concepto la misma suma que hubiera percibido si las hubiera disfrutado, sino una suma inferior. No encuentra la Sala una razón que justifique que quien debe sacrificar su descanso en aras del servicio, sea peor tratado que quien no lo tiene que hacer. A lo anterior se agrega que si el servidor público se desvincula sin haber podido disfrutar de las vacaciones, la compensación por vacaciones le permite, si así decide hacerlo, descansar en los mismos términos que si hubiera seguido empleado, y ello solo se logra si el pago que recibe incluye la asignación básica más la bonificación judicial, la bonificación por compensación y la prima especial de servicios mensual. Vale la pena reiterar que, como ya se señaló, la compensación por vacaciones tiene un propósito indemnizatorio, esto es, que el servidor público que no disfrutó de las vacaciones, y por ello no obtuvo el descanso correspondiente, con el pago de su asignación básica y la bonificación judicial, la bonificación por compensación y la prima especial de servicios mensual, pueda recibir posteriormente el equivalente. Es claro que no existe una indemnización plena si para calcular la compensación no se incluye lo mismo que hubiera percibido si hubiera podido disfrutar de las vacaciones. Con las precisiones que han quedado hechas, se responde afirmativamente acerca de “si con la compensación de las vacaciones se deben liquidar los citados conceptos” al retiro definitivo del empleado, bajo el entendido que a su desvinculación el servidor tiene derecho a la prima y bonificaciones igual que a la compensación de los días de vacaciones causados proporcionalmente, sin que aquellos beneficios se incluyan como factores salariales en la base de liquidación de esta última”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza y alcance de la prima especial consagrada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y de la bonificación por compensación para magistrados y cargos equivalentes, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena de Conjueces, sentencia del de dos (2) de septiembre de 2019, C.P. Carmen Anaya de Castellanos, Expediente 41001-23-33-000-2016-00041-02 (2204-2018).

**Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2441 del 15 de diciembre de 2021; C.P. Carmenza Mejía Martínez (Conjuez), radicación: 11001-03-06-000-2019-00214-00(2441)**

10  
GÉNERO Y NO  
DISCRIMINACIÓN



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# ACCIÓN DE TUTELA

## 1. Vulneración del derecho a la reparación integral de una mujer víctima del conflicto armado en condición de extrema vulnerabilidad que no fue priorizada para el pago de la indemnización administrativa.

*Síntesis del caso:* En 2001, la actora y su hija fueron víctimas del delito de acceso carnal violento en hechos cometidos por grupos paramilitares en el marco del conflicto interno en la vereda La Brecha del municipio de Rovira, departamento del Tolima. Como consecuencia de lo anterior, la accionante junto con su núcleo familiar debió desplazarse forzosamente al municipio de Tuluá, Valle del Cauca. Asimismo, con ocasión de las lesiones sufridas por la violencia sexual, presentó una afectación física en piernas y caderas, por lo cual debió ser operada para no perder la capacidad de caminar, debiendo usar de por vida un bastón para su movilidad. Trabajó varios períodos como representante de las víctimas en la mesa municipal de Tuluá. Sin embargo, por amenazas a su labor de líder social, en 2018 sufrió nuevamente un desplazamiento forzado y debió declarar las amenazas en Medellín. La Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas (en adelante UARIV), mediante Resolución No. 04102019-991038 del 2 de marzo de 2021, le reconoció el derecho a la medida de indemnización administrativa por hecho victimizante de delitos contra la libertad e integridad sexual. No obstante, posteriormente se le indicó que el cumplimiento estaba sujeto a un método de priorización con el fin de determinar el orden de asignación de turno para el desembolso de la medida de indemnización administrativa, sin que a la fecha haya recibido la reparación ordenada.

**ACCIÓN DE TUTELA / ENFOQUE DIFERENCIAL / GÉNERO / INDEMNIZACIÓN ADMINISTRATIVA A VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / MUJER VÍCTIMA DEL DELITO SEXUAL / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / LISTA DE PRIORIZACIÓN DE INDEMNIZACIÓN ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA DE LA UNIDAD DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LA VÍCTIMA / DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA**

*Problema Jurídico:* ¿La UARIV, con la dilación en el cumplimiento de la orden de indemnización administrativa dada en la Resolución No. 04102019-991038 del 2 de marzo de 2021, vulneró el derecho fundamental a la reparación integral como víctima del conflicto armado de la actora?

*Tesis:* “[N]o existe discusión frente a la titularidad del derecho a la reparación integral que recae y ya fue reconocido en favor de la señora [O.H.T.C.], sino si el caso debe ser estudiado de forma prioritaria por la UARIV, para efectos de resolver si la accionante tiene derecho al pago de su indemnización de forma priorizada. (...) siguiendo lo dispuesto por el ordenamiento jurídico como por lo consignado en las pruebas obrantes en el expediente, en las cuales se acredita la condición de discapacidad de la señora Tapie Castro, se tiene que ella sí encaja dentro de los casos de extrema vulnerabilidad de las víctimas del conflicto armado para efectos de estudiar si deben ser priorizadas al momento del pago de la indemnización administrativa, siguiendo los reglamentos fijados por la UARIV. No obstante, lo anterior, esta Sala de Subsección debe precisar que en el numeral segundo de la sentencia que se impugna, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, además de la orden para la priorización del turno, ordenó el desembolso de la indemnización, alcance que debe ser precisado, porque de la orden dictada se parte de que la accionante debe ser priorizada sin advertir que ese es un estudio que debe realizar la autoridad administrativa. Al respecto, es necesario resaltar que el marco de competencia del juez constitucional se circunscribe a ordenarle a la UARIV que se realice el estudio de forma prioritaria, no hasta 2022 o 2023 como indicaron en su impugnación, sino de conformidad con el hecho victimizante sufrido por la accionante y sus condiciones de vida, y que, a partir de ahí, se resuelva el pago de la indemnización

administrativa que ya fue ordenado. En este orden de ideas, se confirmará lo resuelto en la sentencia de 11 de noviembre de 2020, pero se modificará parcialmente el numeral segundo en la orden dada, en el sentido de

precisar que el estudio acerca de la priorización lo debe realizar la entidad teniendo en cuenta las condiciones de la víctima, que se trata de una mujer de sufrió violencia sexual y que está acreditado que es una persona en condición de discapacidad

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 14 de diciembre de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 76001-23-33-000-2021-01056-01(AC).*