

EDICIÓN
255

JUNIO 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 Rozo 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
Nubia Yaneth Pajarito Navarrete
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. 255, junio de 2022
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co
Consejo de Estado
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.
Palacio de Justicia
Bogotá D.C. – Colombia

CONTENIDO

CONTENIDO	3
EDITORIAL	4
I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS.....	5
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	7
III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO	30
IV. SECCIÓN PRIMERA.....	46
V. SECCIÓN SEGUNDA.....	50
VI. SECCIÓN TERCERA	64
VII. SECCIÓN CUARTA	79
VIII. SECCIÓN QUINTA.....	91
IX. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	97
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	102
XI. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO.....	106

EDITORIAL

En esta oportunidad, el Consejo de Estado presenta a sus lectores, distintas decisiones relevantes, con el ánimo de fortalecer la práctica judicial y la formación académica.

En asuntos constitucionales, la Sección Segunda declaró improcedente una acción de tutela ejercida por un ciudadano, con el fin de ordenar al Presidente de la República y al comandante del Ejército Nacional, abstenerse de participar directa o indirectamente en política, en la campaña presidencial.

De igual manera en sentencia de tutela, reiteró que los empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, que ostenten la calidad de prepensionados, tienen derecho a la estabilidad laboral.

Así mismo, la Sección Tercera reiteró que, escapa de la competencia del Juez de habeas corpus su intervención en el trámite de extradición, para obstaculizar o invalidar el sentido de las decisiones adoptadas por la autoridad competente.

En asuntos de competencia de la Sección Segunda, se dijo que no procede el reconocimiento y pago de horas extras dominicales y festivos a los jueces de control de garantías, ya que ellos cumplen funciones de dirección y, adicionalmente no existe consagración alguna frente a ello en el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

Dentro de una acción de reparación directa por acto terrorista, la Sección Tercera indicó que en este caso la Policía Nacional, el Ejército Nacional y la Armada Nacional, debían responder por el ataque paramilitar ocurrido contra el municipio San Pablo, Bolívar, por omisión del deber de protección de la población civil, puesto que fue un hecho previsible, lo que descarta la eximente de responsabilidad del hecho del tercero.

Por otro lado, mediante Sentencia de Unificación se fijaron las reglas jurisprudenciales para retirar del servicio por voluntad del gobierno al personal uniformado de la Policía Nacional y la Fuerza Pública.

La Corporación dentro de su competencia como órgano consultivo del Estado, estableció los criterios que deben tenerse en cuenta para la evaluación de las ofertas y la adjudicación de los contratos de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en la modalidad comercial.

Finalmente, en tema de equidad de género se estableció en una sentencia que resuelve un recurso de apelación dentro de una acción de reparación directa que, en eventos de violaciones graves de los derechos humanos por violencia contra la mujer, la valoración probatoria debía ser más flexible, dadas las circunstancias de indefensión en que se encuentran las víctimas de este tipo.

Esperamos sea enriquecedora la lectura de esta importante herramienta.

I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS

ANULADAS SECCIÓN SEGUNDA

La Resolución 3559 del 28 de agosto de 2018, «Por la cual se modifican los Anexos Técnicos 2, 3 y 5 de la Resolución número 2388 de 2016 modificada por las Resoluciones números 5858 de 2016, 980, 1608 y 3016 de 2017», suscrita por el Ministerio de Salud y Protección Social; parcialmente el numeral 8, específicamente los siguientes apartes: Para el uso de este subtipo de cotizante, el operador de información debe validar que el cotizante se encuentre relacionado en el archivo “Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión” dispuesto por este Ministerio en el FTP seguro de cada operador de información”. Información que debe ser enviada mensualmente por parte de las entidades Administradoras y Pagadoras de pensiones en la Plataforma de Intercambio de Información (PISIS) del Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO) de este Ministerio, a más tardar el día 24 de cada mes, con la estructura que se encuentra publicada en el portal de SISPRO, en la sección de anexos técnicos (PUB205PTSP).

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de marzo de 2022, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2019-00538-00\(4235-2019\). Ver página \(59\) de este boletín](#)

SECCIÓN CUARTA

La Ordenanza 62 del 19 de diciembre de 2014, expedida por la Asamblea del departamento de Antioquia: El literal a) de los artículos 274, 275 y 278 y los artículos 272, 273 y 277 en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de marzo de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 05001-23-33-000-2016-02071-01 \(25638\) \(ver página 85 de este boletín\).](#)

SUSPENDIDAS SECCIÓN SEGUNDA

El Acuerdo 1 del 23 de noviembre de 2021, expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, «[p]or el cual se establece el procedimiento operativo para implementar el derecho de preferencia consagrado en el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970».

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto de 7 de abril de 2022, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2014-01431-00\(4668-2014\) Ver página \(58\) de este boletín](#)

EXHORTOS

1. La Sección Quinta exhortó al Comité Electoral de la Universidad Tecnológica del Chocó, para que realice una depuración del censo para las próximas

elecciones de los representantes del Consejo Superior Universitario.

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “EXHORTAR al Comité Electoral de la UTCH realice una depuración del censo para las próximas elecciones de los representantes del CSU, para lo cual deberá retirar del censo las personas fallecidas y no identificadas, y actualizar la información de dirección del correo electrónico de todos los estamentos a elegir, con el fin de garantizar la mayor participación posible.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 5 de mayo de 2022, C. P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 11001-03-28-000-2021-00067-00.](#)

2. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de Bolívar, para que cumpla debidamente los plazos de notificación de las providencias electorales.

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “EXHORTAR al Tribunal Administrativo de Bolívar para que en lo sucesivo notifique los fallos personales en los términos y plazos erigidos en el artículo 289 de la Ley 1437 de 2011.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 19 de mayo de 2022, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 13001-23-33-000-2020-00529-03.](#)

1
ASUNTOS
CONSTITUCIONALES



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. Se declara improcedente una acción de tutela ejercida para que se ordene al señor presidente de la República y al comandante del Ejército Nacional que se abstengan de participar directa o indirectamente en la campaña presidencial.

Síntesis del caso: Un ciudadano ejerció la acción de tutela contra la Presidencia de la República, el Consejo Nacional Electoral y el Ministerio de Defensa - Comandante del Ejército Nacional, con el fin de solicitar que el Presidente de la República de Colombia y el Comandante del Ejército Nacional se abstengan de participar directa o indirectamente en la campaña presidencial que cursa actualmente, lo cual considera vulneratorio del derecho fundamental a la participación en política.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / ACCIÓN DE TUTEL CONTRA EL EJÉRCITO NACIONAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA / FALTA DISCIPLINARIA / ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / ELECCIÓN PRESIDENCIAL / PARTICIPACIÓN EN POLÍTICA

Problema jurídico: ¿La acción de tutela ejercida contra la Presidencia de la República, el Consejo Nacional Electoral y el Ministerio de Defensa - Comandante del Ejército Nacional, con el fin de solicitar que el presidente de la República de Colombia y el comandante del Ejército Nacional se abstengan de participar directa o indirectamente en la campaña presidencial que cursa actualmente, cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que la competencia preferente para investigar conductas relacionadas con faltas disciplinarias se encuentra en cabeza del Procurador General de la Nación, a través de la acción disciplinaria?

Tesis: “[C]onforme lo preceptuado en la Ley 734 de 2002, la Ley 1952 de 2019 y la Ley 2094 de 2021, es claro que, en principio, la competencia preferente para investigar conductas relacionadas con faltas disciplinarias se encuentra en cabeza del Procurador General de la Nación, máxime si se trata de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la Ley. (...) Lo anterior, sin perjuicio de aquellos que ostentan un fuero disciplinario especial, eventualidad en la cual debe seguirse el procedimiento fijado en la normatividad aplicable, como puede observarse en el acápite pertinente de esta providencia, de tal forma los supuestos fácticos y jurídicos en los que el tutelante sustenta el reclamo constitucional formulado deben ser discutidos y planteados en uso del mecanismo idóneo de protección que, en este caso, corresponde a la jurisdicción disciplinaria, pues es la llamada a garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la Ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública. (...) Así pues, no debe desconocerse que la incursión en cualquiera de las conductas previstas en la Ley disciplinaria que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente. (...) Corolario de lo expuesto, esta Sala de decisión concluye que es improcedente el amparo, por no encontrar cumplido el requisito de subsidiariedad. (...) En el caso concreto, el accionante tiene la posibilidad de ejercer los mecanismos de defensa procedentes, como poner en funcionamiento la acción disciplinaria a través de la respectiva queja, pues su pretensión tiene

que ver, se reitera, con una falta disciplinaria relacionada con la intervención en política.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Subsección B, sentencia del 20 de mayo de 2022; C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 11001-03-15-000-2022-02233-00 \(AC\).](#)

2. Se deben preservar los derechos de la comunidad afrodescendiente que ha sido objeto de discriminación por contenidos indebidos de obra musical que atentan contra la dignidad de la mujer afro

Síntesis del caso: Aunque el juez de tutela declaró la carencia actual de objeto por hecho superado, porque el artista que grabó la pieza musical discriminatoria la retiró de las plataformas sociales, y ofreció excusas públicas por su contenido, el caso resulta de gran relevancia porque se tuvo que censurar una obra para salvaguardar los derechos fundamentales de las mujeres afro. Es decir, que en esa tensión de derechos, la libertad de expresión tiene límites en la dignidad humana.

ACCIÓN DE TUTELA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE / PERSPECTIVA DE GÉNERO / DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO / EJECUCIÓN PÚBLICA DE OBRA MUSICAL / CENSURA DEL ARTE

Problema jurídico 1: [¿La parte actora se encuentra legitimada en la causa por activa para interponer la presente demanda de tutela, pese a que se dirige contra la omisión de las autoridades administrativas accionadas de impedir la reproducción de una pieza musical que atenta contra las mujeres y la comunidad afrodescendiente en general?]

Tesis 1: “[L]a Sala advierte que no comparte el planteamiento jurídico expuesto por el A quo, debido a que, a pesar que el actor pretende actuar como representante de las minorías afrodescendientes y de los colectivos de mujeres, situación que evidentemente es cuestionable desde el punto de vista probatorio para determinar su capacidad para comparecer; también es cierto que acudió al amparo constitucional en nombre propio. En tal virtud, la Sala considera que, a pesar de no existir un elemento que ligara la comparecencia del señor [L.S.P.L.], en esta acción, como representante de las mencionadas comunidades, no es menos cierto que ello no podía relevar al juez de primera instancia de analizar los pedimentos, en el entendido que estaban formulados en forma personal por el actor. (...) Por lo demás, en lo atinente a los argumentos señalados por el actor, conforme los cuales la pieza musical podría devenir en irrespetuosas hacia las mujeres, en la medida que, su letra y puesta en escena resultaban denigrantes y misóginas, la Sala considera que correspondía al juez atender los citados argumentos, toda vez que, versaban en forma directa respecto de una presunta forma de discriminación”.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PERSONA NATURAL / COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE / PERSPECTIVA DE GÉNERO / DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO / EJECUCIÓN PÚBLICA DE OBRA MUSICAL / CENSURA DEL ARTE / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR HECHO SUPERADO

Problema jurídico 2: [¿Se configura, en el presente asunto, una carencia actual de objeto por hecho superado, al verificarse que la pretensión de la parte actora, tendiente a que se borrara el video musical que contenía la canción discriminatoria contra las mujeres y la comunidad afrodescendiente en general, fue superada en tanto que, el artista que la grabó resolvió eliminar dicho registro de plataformas sociales y, adicionalmente, ofreció excusas públicas por su contenido?]

Tesis 1: “[R]evisado el contenido del informe rendido por el artista y consultadas las pruebas que reposan en el plenario, la Sala encuentra que eliminó el video original de la canción [acusada en el escrito de amparo] que había sido subido en su canal oficial de la plataforma de reproducción YouTube. Asimismo, se evidencia que, con ocasión de la controversia surgida por la publicación de la canción, el señor [O.B.] grabó un video el 26 de octubre de 2021, en el que se excusa por su contenido. (...) Al respecto se advierte que la situación que la pretensión elevada por el señor [P. LI.], referente a la orden de que el cantante Osorio Balvin ofreciera disculpas se superó, puesto que, a través de un video, se excusó por la publicación de la [referida] canción. (...) De igual manera, se tiene que conforme lo pretendido por el accionante, el hecho de que el video musical fuese borrado de canales masivos de reproducción como YouTube, redundante en que el mensaje de la canción perdiera un importante medio de difusión, situación esta, que además se acompaña con lo pedido por el señor [P.LI.], en aras de evitar la reproducción de la referida pieza musical. Así las cosas, se destaca que el objeto de la tutela de la referencia se circunscribía a que la autoridad accionada resolviera los asuntos planteados en precedencia. Comoquiera que la situación que originó la tutela cesó en el trámite de esta, la Sala considera que el asunto sub iudice se enmarca en el escenario de la carencia actual de objeto por hecho superado”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 16 de marzo de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación 11001-03-15-000-2021-07071-01 \(AC\).](#)

3. Los funcionarios judiciales no pueden negarse a nombrar en el cargo vacante a la ciudadana que se encuentre primera en el registro de elegibles, producto de un concurso de méritos, a pesar de que el empleo esté ocupado por un prepensionable

Síntesis del caso: *El juez constitucional confirmó la sentencia de primera instancia, que amparó los derechos fundamentales de una ciudadana a quien el titular del despacho judicial no quería nombrarla en propiedad en el cargo de secretaria de Juzgado Municipal, a pesar de estar de primera en el registro de elegibles para la vacante ofertada. El argumento del juez para no realizar el nombramiento era que la plaza estaba ocupada por un funcionario que tenía la calidad de prepensionable. Sin embargo, esta Corporación precisó que prevalece el derecho a la carrera judicial, y que, por tanto, debía procederse de inmediato a realizar el nombramiento.*

ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS / NOMBRAMIENTO DEL GANADOR EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / APROBACIÓN DEL CONCURSO DE MÉRITOS EN LA RAMA JUDICIAL

Problema jurídico: *¿La orden de amparo [al derecho fundamental del tutelante de acceder al cargo producto de un concurso de méritos] proferida por el juez de primera instancia, vulnera el derecho a la estabilidad reforzada del señor [R.D.] en su calidad de prepensionado?*

Tesis: “No se configura ninguna violación a los derechos fundamentales del señor [impugnante] en su calidad de prepensionado, por cuanto está acreditado, de acuerdo con la respuesta del 15 de marzo de 2022 brindada por el Consejo Seccional de la Judicatura de Antioquia a la solicitud realizada por la accionante sobre el cargo de escribiente del juzgado pluricitado. (...) Es decir, el [impugnante] ostenta la propiedad del cargo de escribiente del Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia (Antioquia), lo cual asegura que pueda seguir cotizando al sistema de seguridad social para obtener su pensión, en consecuencia, la orden del Tribunal Administrativo de Antioquia en primera instancia no afecta de modo alguno ni desconoce su calidad de prepensionado, de tal manera que la decisión impugnada será confirmada. Por último, teniendo en cuenta que la funcionaria judicial del Juzgado Promiscuo Municipal de Argelia (Antioquia), como nominadora de ese despacho conocía la situación jurídica del señor [impugnante], esto es, que ostentaba el cargo de escribiente en propiedad, y aun así no procedió a nombrar como secretaria a la accionante conforme lo dispuesto en el Acuerdo No. CSJANTA22-17 del 7 de enero

de 2022, la Sala de Decisión la conminará para que en futuras oportunidades se abstenga de incurrir en actuaciones como la analizada, que vulneran flagrantemente los derechos de acceso a la carrera administrativa, trabajo, debido proceso e igualdad de quienes concursaron y obtuvieron por mérito el cargo al que aspiraron.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 19 de mayo de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 05001-23-33-000-2022-00448-01 \(AC\).](#)

4. Defecto procedimental absoluto del juez al interpretar las pretensiones de la demanda de controversias contractuales como un llamamiento en garantía dentro de un medio de control de reparación directa.

Síntesis del caso: *Aguas Nacionales E.P.M. S.A E.S.P. - ANEPM celebró un contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual con Allianz Seguros S.A. para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2018 y el 31 de diciembre del mismo año. El 15 de agosto de 2020 se le notificó a la ANEPM la admisión de una demanda de reparación directa adelantada en su contra por [M.G.B.], tramitada bajo el radicado No. 27001-33-33-003-2020-00050-00. Los hechos que dieron origen a la demanda de reparación directa habrían ocurrido bajo la vigencia de la póliza de responsabilidad contratada con Allianz Seguros S.A. El 4 de febrero de 2022 la ANEPM interpuso medio de control de controversias contractuales contra Allianz Seguros S.A., con el objetivo de que esta asumiera la eventual condena impuesta en contra de la accionante, con ocasión del proceso de reparación directa referido. Mediante auto interlocutorio No. 0213 del 15 de febrero de 2022 el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Quibdó consideró que lo realmente pretendido por la accionante no era adelantar una demanda de controversias contractuales, sino formular un llamamiento en garantía o una demanda de reconvencción en el marco del proceso de reparación directa. - La accionante interpuso recurso de reposición, en el que insistió en la posibilidad de demandar a Allianz Seguros S.A. en virtud de la póliza suscrita con esta, y mediante auto interlocutorio No. 0474 del 15 de marzo de 2022 el juzgado decidió no reponer su decisión.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DEL FALLO IMPUGNADO / DEFECTO PROCEDIMENTAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / PROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA / VINCULACIÓN DE TERCERO PROCESAL / TERCERO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / DERECHO FACULTATIVO / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA / INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico: *¿La autoridad judicial accionada al no dar trámite al proceso de controversias contractuales adelantado por la accionante contra Allianz Seguros S.A., vulneró el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia?*

Tesis: La Sala no comparte el argumento bajo el cual el juez de tutela de primera instancia declaró la improcedencia de la solicitud de amparo por no cumplir con el requisito de subsidiariedad. En efecto, contrario a lo afirmado por el a quo, para la Sala no es claro que el proceso ordinario se encuentre actualmente en trámite y que la accionante aún pueda controvertir lo decidido por la autoridad judicial accionada. Es cierto que a partir de la parte resolutoria del auto tutelado no parece que el proceso de controversias contractuales haya terminado, pues este fue remitido a otro juzgado. Ahora bien, justamente

debido a las irregularidades que se advierten en el auto, no existe claridad frente al trámite que deberá darse a las pretensiones que la accionante elevó en su demanda: en las consideraciones del auto se señala que lo presentado por la accionante no corresponde a una demanda de controversias contractuales, sino a un llamamiento en garantía o incluso a una demanda de reconvencción. Lo anterior da a entender que, según la autoridad accionada, a la demanda presentada por la accionante no se le debe dar un trámite autónomo como un asunto de controversias contractuales, sino bajo las figuras de llamamiento en garantía o demanda de reconvencción en otro proceso distinto, lo cual podría conllevar, por lo tanto, a la terminación del proceso de controversias contractuales. Además, ante esa incertidumbre generada por el auto tutelado, no es claro cuáles son los mecanismos de defensa ordinaria e idóneos que podría utilizar la parte accionante, pues justamente lo que pretende es que se tramite un proceso de controversias contractuales y no un llamamiento en garantía o una demanda de reconvencción en otro proceso: en el evento en que se admita o rechace el llamamiento o la demanda de reconvencción, en todo caso se estaría negando el trámite del proceso de controversias contractuales planteado por la accionante, lo cual no podrá ser resuelto mediante recursos en el trámite de reparación directa. Adicionalmente, contra el auto objeto de reproche no procede otro recurso distinto al de reposición, que fue debidamente presentado por la accionante y resuelto de forma desfavorable. En efecto, el auto tutelado no es ninguno de los listados en el artículo 243 del CPACA, frente a los cuales procede el recurso de apelación, en particular aquellos que necesariamente pongan fin al proceso (se insiste en que este fue remitido y no hay claridad frente al trámite que deberá dársele), o que rechacen la demanda. - El artículo 225 del CPACA regula el llamamiento en garantía en los procesos contenciosos administrativos. La Sala destaca el carácter facultativo de esa figura, según la redacción de la norma: -Artículo 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación-. Incluso el mismo juzgado accionado le reconoció su carácter opcional en el auto que resolvió el recurso de reposición y precisó que su renuncia no impide instaurar la demanda que pudo haberse evitado con el llamamiento: -La finalidad de vincular a un tercero ajeno al litigio está dada por la economía procesal que brinda el resolver ambas relaciones jurídico-sustanciales en un mismo escenario judicial, con lo cual se evita un proceso ordinario adicional que venga a declarar el deber de quien podría ser llamado en garantía de reembolsar el pago de la condena impuesta en el proceso original de la misma estirpe, pero en todo caso, al ser el llamamiento en garantía una herramienta facultativa, bien puede optar el demandado por prescindir de su uso y acudir al litigio que se pretende evitar-. Por otro lado, el artículo 177 del CPACA se encarga de regular la demanda de reconvencción en los procesos regidos por ese estatuto. Esta figura, según se desprende de la norma, obedece a una demanda que presenta la parte demandada contra la parte que la demandó para que sea tramitada en el mismo proceso: por definición, la demanda de reconvencción no puede intentarse contra una persona distinta a la demandante del primer proceso. Para la Sala es claro que el juzgado accionado desconoció el carácter facultativo del llamamiento en garantía y la posibilidad que tienen las partes de presentar una demanda ordinaria con la misma finalidad. Igualmente erró al señalar que la demanda de controversias contractuales presentada por la accionante podía interpretarse como una demanda de reconvencción, pues esta no se dirigió contra la parte demandante en el proceso de reparación directa sino contra un tercero a esa relación procesal, a saber, Allianz Seguros S.A. Todo lo anterior constituye una interpretación inadecuada de la demanda de controversias contractuales, ya que le dio un alcance que no le era propio, desconoció el derecho de acción y negó el acceso a la administración de justicia a la accionante.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 22 de abril de 2022, C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 27001-23-33-000-2022-00040-01\(AC\).](#)

5. Se incurre en defecto procedimental absoluto, cuando no se analizan y declaran probados los hechos constitutivos de una excepción, aduciendo que los mismos argumentos no fueron planteados como excepciones en la oportunidad para contestar la demanda.

Síntesis del caso: *Varios habitantes del municipio de Río Quito (Chocó) presentaron una demanda en ejercicio de la acción de grupo contra la Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el municipio de Río Quito, la Corporación Autónoma Regional del Chocó y la Agencia Nacional de Minería, con el fin de que se declarara su responsabilidad por permitir la actividad minera ilegal en la cuenca del Río Quito. El Juzgado Primero Administrativo de Quibdó y el Tribunal Administrativo del Chocó, accedieron a las pretensiones de la demanda. La Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado ejerció la acción de tutela al considerar que el Juzgado y el Tribunal accionados vulneraron su derecho constitucional fundamental del debido proceso con ocasión de la expedición de las sentencias de 3 de marzo de 2016 y 27 de enero de 2017, por cuanto, a su juicio, incurrieron en un defecto procedimental absoluto.*

ACCIÓN DE TUTELA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Problema jurídico: *“¿La Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado está legitimada en la causa por activa para actuar en la presente acción de tutela como representante judicial de otras entidades del Estado?”*

Tesis: “La Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado está legitimada por activa para actuar como representante judicial de otras entidades del Estado, de conformidad con el parágrafo 3° del artículo 610 del CGP y la sentencia SU -037 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, en consecuencia, como en este caso, está habilitada para presentar acciones de tutela y reclamar la protección de los derechos constitucionales fundamentales en favor de la Agencia Nacional de Minería y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.”

CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE ADICIÓN DE LA PROVIDENCIA

Problema jurídico 2: *“¿La solicitud de adición y complementación de la sentencia es un medio idóneo para lograr que el juez revoque su propia decisión y se pronuncie sobre los puntos que dejó de resolver?”*

Tesis 2: “La solicitud de adición de la sentencia se orienta a que el juez de la causa emita un pronunciamiento expreso sobre aquellos puntos de la controversia que, habiéndose propuestos y discutidos durante el juicio, se dejaron de resolver en la sentencia respectiva, configurándose de esa manera un fallo infra petita que, por consiguiente, debe ser corregido, de oficio o a petición de parte mediante sentencia complementaria. En consecuencia, dicho instrumento no es un medio judicial idóneo y efectivo para pedirle al juez natural que se pronuncie sobre los aspectos de la apelación que dejó de resolver y que implicarían modificar el sentido del fallo, pues dicha figura tiene un límite material consistente en que, en virtud de los principios de inmutabilidad e irrevocabilidad de la que gozan las providencias judiciales, so pretexto de adicionar no es posible introducir ninguna modificación a lo ya definido por parte del mismo juez, pues de lo que se trata es de agregar o de pronunciarse sobre pretensiones no estimadas pero no de cambiar el sentido de la decisión para reformar las ya consideradas.”

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / ACCIÓN DE GRUPO / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / OMISIÓN DEL JUEZ / ANÁLISIS JURÍDICO / ALCANCE DE LA FIJACIÓN DEL LITIGIO / CONTAMINACIÓN DE AGUA / DAÑO CAUSADO POR MINERÍA

Problema jurídico 3: *¿Las decisiones judiciales acusadas, dictadas en el marco del proceso de acción de grupo 27001-23-31-001- 2009- 00224-01, incurrieron en defecto procedimental absoluto por haber excluido los cuestionamientos formulados en los recursos de apelación presentados por la Agencia Nacional de Minería y el Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial, respecto de la existencia del grupo, el nexo causal y los daños ciertos y determinados a cada miembro del grupo, a*

pesar de que estos habían hecho parte de los elementos sobre los que el juzgado de primera instancia determinó su decisión de atribuir responsabilidad patrimonial a las demandadas por los daños reclamados como consecuencia de la minería ilegal en el Río Quito?

Tesis 3: “[P]ara esta Sala el análisis del tribunal no tiene fundamento jurídico alguno, pues, los asuntos sometidos a consideración del ad quem no solo fueron alegados de manera diáfana y expresa en las apelaciones, sino que, también fueron objeto de pronunciamiento en el fallo de primera instancia emitido en el proceso de acción de grupo, por lo que es natural que sobre tales aspectos se hayan fundado las impugnaciones de las entidades demandadas y, en consecuencia, el tribunal sí debía resolverlos de fondo, máxime cuando, se reitera, en los términos del artículo 282 ejusdem el juez debe reconocer las excepciones que encuentre probadas en cualquier etapa del proceso. (...) [T]al como lo concluyó la primera instancia de este proceso, se encuentra configurado el defecto procedimental absoluto en la decisión proferida el 27 de enero de 2017, pues, es claro que el Tribunal Administrativo del Chocó sí debía abordar el estudio integral y de fondo de todos y cada uno de los argumentos planteados en los recursos de apelación, no obstante, de manera deliberada fijó la controversia y los excluyó del litigio partiendo de un entendimiento incorrecto sobre el alcance de la apelación, (...) [a Sala encuentra configurada la vulneración del derecho del debido proceso..”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia del 2 de mayo de 2022; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-15-000-2019-04839-01 \(AC\), 11001-03-15-000-2019-04968-00 \(ACUMULADOS\).](#)

6. La acción de tutela es improcedente para ordenar a la Procuraduría General de la Nación que convoque a un concurso de méritos para proveer los cargos creados por el Decreto 1851 de 2021.

Síntesis del caso: *El presidente de la República expidió el Decreto Ley 1851 de 2021, por medio del cual se modificaron los Decretos Ley 262 y 265 de 2000, para dar cumplimiento al fallo proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como consecuencia de ello, se crearon 1208 cargos, sin embargo, no se estableció el mecanismo de elección del personal, por lo que la procuradora general de la Nación emitió diferentes pronunciamientos sobre la provisión de dichos cargos y sostuvo que las vacantes serían llenadas mediante el nombramiento de funcionarios de la institución para ascenderlos y motivarlos.*

ACCIÓN DE TUTELA / CREACIÓN DE CARGO PÚBLICO / CONVOCATORIA DEL CONCURSO DE MÉRITOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / IMPROCEDENCIA DEL ARGUMENTO NUEVO EN LA IMPUGNACIÓN

Problema jurídico: *¿Vulnera la Procuraduría General de la Nación los derechos fundamentales a la protección social, al trabajo, a la dignidad y al debido proceso al no efectuarse una convocatoria pública para acceder a los cargos creados en la Procuraduría General de la Nación por el Decreto Ley 1851 de 2021?*

Tesis: “[E]l señor [J.A.C.M.] alegó la vulneración de sus derechos fundamentales, porque no se inició un concurso de méritos para proveer los cargos creados en el Decreto 1851 de 2021, en la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación. Con fundamento en ello, pide que se ordene a la accionada expedir el acto administrativo de apertura de la licitación pública o del concurso para proveer dichos empleos, y que se suspenda o dejen sin efectos los nombramientos realizados. No obstante lo alegado en la demanda, en el escrito de impugnación explica que la provisión de los cargos por convocatoria pública no necesariamente debe buscar la vinculación al sistema de carrera, por lo cual, puntualiza, pudo efectuarse una invitación para que, profesionales como él, ocuparan los cargos de libre nombramiento y remoción en calidad de provisionalidad, previa valoración de su formación académica y experiencia profesional, que son, en su sentir, mejores a las de muchas personas vinculadas actualmente a la Procuraduría General de la Nación. (...) [L]a Sala desestima los argumentos del escrito de impugnación, en tanto que no es ese el

escenario para variar o ampliar el espectro de la discusión propuesta en la solicitud de tutela. No es de recibo que ahora se pretenda sostener una incongruencia del fallo de primera instancia por argumentos o razones que no se expusieron antes de que se dictara la decisión impugnada. (...) [P]ara iniciar la convocatoria al concurso de méritos debe contarse con un proceso de planeación que se encuentra en fase de desarrollo y que involucra la asignación de presupuesto adicional a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo cual, según informó la Procuraduría, ocurrió antes de la expedición del Decreto Ley 1851 de 2021. (...) [E]l nombramiento en encargo o en provisionalidad de empleos de carrera administrativa en vacancia definitiva, es esencialmente temporal y tiene como límite, en virtud del artículo 188 del Decreto 262 de 2000, «hasta que culmine el proceso de selección», por ende, es perfectamente viable que se provean transitoriamente mientras termina el concurso de méritos que deba convocarse. El hecho de que no se realice una invitación abierta en la que pueda postularse el accionante, no constituye per se una violación a sus derechos fundamentales, ni obliga a la entidad a hacer una convocatoria diferente a la de un concurso de méritos, que no se ajuste a los supuestos del Decreto Ley 262 de 2000. (...) Además, si lo que ahora pretende el accionante es ser considerado para uno de esos cargos, bajo la figura del nombramiento en provisionalidad o en un empleo de libre nombramiento y remoción, lo procedente será que eleve la petición directamente a la accionada, pues la acción de tutela no es el mecanismo para impartir esas órdenes, ni para disponer que la Procuraduría realice una convocatoria abierta, en los términos señalados por el actor, es decir, aunque no fuese de carrera.”

INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / NOMBRAMIENTO DEL EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Problema jurídico 2: ¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que el accionante contaba con otro medio de defensa judicial para cuestionar los nombramientos en provisionalidad en los cargos creados en la Procuraduría General de la Nación por el Decreto Ley 1851 de 2021?

Tesis 2: “De otra parte, en lo concerniente a que se suspendan los nombramientos o se dejen sin efectos los que se realizaron, la tutela deviene improcedente, toda vez que para ese efecto el interesado cuenta con diferentes medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011. Precisamente, ante la existencia de un acto de nombramiento se activa la posibilidad acudir a la acción de nulidad electoral contenida en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 e, incluso, a la de nulidad y restablecimiento del derecho, si la persona considera que el nombramiento, además de ilegal, afecta sus derechos y debe ser resarcida. (...) [L]a Sala modificará el fallo de primera instancia para (i) negar la solicitud de amparo, en relación con la supuesta vulneración derivada de la ausencia de convocatoria de un concurso de méritos para proveer los cargos de carrera administrativa creados en el Decreto Ley 1851 de 2021; (ii) declarar improcedente la acción de tutela, en lo atinente al control y suspensión de los actos de nombramiento de quienes ocupan actualmente los cargos creados mediante el Decreto 1851 de 2021, y (iii) negar la solicitud de vinculación de otras autoridades, formulada por el demandante.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia del 22 de abril de 2022; C.P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-15-000-2022-00071-01\(AC\).](#)

7. Se reitera que los empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, que ostenten la calidad de prepensionados, tienen derecho a la estabilidad laboral.

Síntesis del caso: La accionante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Asistente Administrativo grado 5 en la Oficina de Apoyo de los juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de Barranquilla. La tutelante tiene 66 años y cuenta con 1170,15 semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez. La Sala Administrativa del Consejo Seccional de

la Judicatura del Atlántico, mediante la resolución núm. CSJATR21-1309 de 21 de mayo de 2021, publicó la lista de elegibles para el cargo ocupado por la tutelante. El Comité Coordinador de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de Barranquilla expidió la Resolución núm. 036 de 18 de agosto de 2021, por medio de la cual nombró en propiedad a una persona que conformaba la lista de elegibles en el cargo que venía ocupando la tutelante. Esta Corporación concluyó, en sede de tutela, que, si bien los empleados públicos nombrados en provisionalidad no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, las entidades debían estudiar las condiciones particulares de la tutelante, que le faltaban más de 3 años para lograr la cantidad de semanas de cotización pensional.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE FINALIZA VINCULACIÓN LABORAL DE UN PREPENSIONADO / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO / VIOLACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL PREPENSIONADO

Problema jurídico: ¿Las autoridades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de la accionante con la Resolución No. 036 del 18 de agosto de 2021, mediante la que se negó la solicitud de estabilidad laboral reforzada, y se nombró en propiedad a Daniel Alberto Polanco Zúñiga, como asistente administrativo grado 5 en la Oficina de Apoyo de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de Barranquilla, cargo que Villafañe Oyaga ocupaba?

Tesis: “Resulta evidente que se cercenaron los derechos fundamentales invocados por la señora [L.E.V.O], puesto que el Comité Coordinador de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de Barranquilla, a pesar de la advertencia hecha por la accionante relacionada con que se encontraba pendiente la respuesta por parte de Colpensiones frente a la solicitud de corrección de su historia laboral, siguió con el proceso para proveer los cargos en propiedad. Así, a pesar de que en efecto, al momento de adoptar la decisión contenida en la Resolución No. 036, los documentos aportados por la accionante daban cuenta de que le faltaban más de 3 años para lograr la cantidad de semanas de cotización, aquella hizo hincapié en el error en el que incurrió la entidad pagadora de pensiones al determinar el número de semanas cotizadas, situación que debió ser tenida en cuenta por el Comité previo a adoptar una determinación frente a la provisión de los cargos en la Oficina de Apoyo de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de Barranquilla. De igual forma, no se pierde de vista que, según informó el Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico en la contestación, la situación de prepensionada de la señora [V.O] no fue informada a esa entidad por parte del Comité nominador, razón por la que el nombramiento en propiedad de las personas elegidas mediante concurso de méritos siguió adelante sin reparar en tal situación. Por lo anterior, y en vista de que la accionante cumple con el requisito contenido en la sentencia SU-003 de 2018 referente a que quien solicite la calidad de prepensionado esté próximo, esto es, dentro de los 3 años siguientes, a acreditar el requisito del número de semanas para obtener la pensión de vejez, pues según la información otorgada por Colpensiones, le restan 131 semanas para alcanzar las 1300 exigidas por el numeral 2 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es decir, aproximadamente 2,5 años; el amparo deberá confirmarse. En ese orden, no es de recibo la tesis expuesta por [S.A.G.S.] y el Comité Coordinador de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias referente a que la accionante actuó de manera tardía a la hora de solicitar los documentos pertinentes ante Colpensiones, pues aquello no desvirtúa el hecho de que se debió evaluar la situación particular de [V.O] y la advertencia que aquella hizo al dar respuesta al requerimiento previo a la emisión de la Resolución No. 036 de 2021, relacionada con que la información obtenida de Colpensiones era incorrecta..”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia del 18 marzo de 2022; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 08001-23-33-000-2021-00597-01 \(AC\).](#)

8. La Relatoría de la Corte Constitucional no tiene asignada la función de absolver consultas de

elaboración de líneas jurisprudenciales que realicen los ciudadanos

Síntesis del caso: *El juez declaró la carencia actual de objeto, en relación con la petición presentada por el tutelante. Sin embargo, se realizaron importantes precisiones frente al derecho de petición de consulta, y determinó que la Corte Constitucional no tiene función alguna que se relacione con la de emitir respuestas a las consultas elevadas por los ciudadanos. Es decir, el Alto Tribunal no es sujeto pasivo del derecho de petición de consulta. Por lo tanto, el hecho de que no se haya elaborado la línea jurisprudencial al peticionario, no indica que se le haya vulnerado su derecho fundamental de petición.*

ACCIÓN DE TUTELA / DERECHO DE PETICIÓN / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR HECHO SUPERADO / ALCANCE DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA / FUNCIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Problema jurídico: *[[C]orresponde a la Sala determinar si en el caso concreto operó la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado, dada la respuesta a la petición que emitió la accionada el 2 de mayo de 2022.]*

Tesis: “Vistas las características de la petición sub examine y el escrito de la acción de tutela⁹, se tiene que la pretensión del señor [Z.S.] fue la de instaurar una petición de consulta con miras a que se le indicara la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a un punto específico de derecho. Las peticiones que tienen por fin obtener un concepto sobre la interpretación de ordenamiento jurídico son derechos de petición de consulta. No obstante anterior, cierto es que en la Corte Constitucional, conforme lo consagrado en el artículo 241 de la Constitucional, no reposa una función consultiva o administrativa relativa a emitir conceptos sobre un tema jurídico o técnico, por lo que esta autoridad, en principio, no es sujeto pasivo del derecho de petición de consulta. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en varios Autos e incluso en su página web en la opción de atención al ciudadano. (...) Así las cosas y visto el contenido de la respuesta al derecho de petición allegada por la Corporación demandada, se tiene que se dio a la solicitud la calidad de derecho de petición general, por lo que, conforme lo dispuesto en el inciso primero del artículo 14 de la Ley 1755 de 2015, la Corte Constitucional disponía de 15 días hábiles para dar respuesta a la petición, plazo que se amplía a 30 días en aplicación del artículo 5 de Decreto 491 de 2020. Luego, considerando que la petición se formuló el 18 de enero de 2022 y la respuesta se emitió y puso en conocimiento del interesado hasta el 2 de mayo del año en curso, es claro que la autoridad judicial accionada desconoció el derecho fundamental del señor hoy accionante en lo relativo al plazo de respuesta, pero la vulneración cesó pues, aunque de manera tardía, la autoridad cumplió con el deber de resolver la petición. (...) El caso individual tiene la particularidad de que, en la respuesta al derecho de petición, la autoridad no accedió en integridad a lo pedido por el señor [Z.S.] Aunque la entidad informó al peticionario las providencias emitidas por esa Corporación relacionadas con el tema de consulta, negó la petición consistente en desarrollar una línea jurisprudencial sobre el tema objeto de consulta. Como justificación de la negativa expuso que la elaboración de líneas jurisprudenciales requiere un análisis dinámico de las sentencias y la expresión de ideas y posturas frente a los cambios en los precedentes, por lo que corresponde a los despachos judiciales y operadores jurídicos adelantar estos análisis, ya con los insumos que suministra la relatoría de la Corporación. Como ya se indicó, la Corte no tiene una función consultiva por lo que no le corresponde emitir conceptos en respuesta al derecho de petición, pero si le asiste el deber de brindar la información pública en su poder que sea requerida por los interesados en el ejercicio legítimo de sus derechos conforme lo indicado en el artículo 74 de la Constitución Política. (...) Así las cosas, se tiene que frente al núcleo esencial de derecho de petición se materializó la carencia actual de objeto de por hecho superado, dado que en el trámite de la acción de tutela la Corte Constitucional profirió y notificó respuesta de fondo frente a la petición radicada por el señor Francisco Zapata Silva el 18 de enero de 2022”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 26 de mayo de 2022, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación 11001-03-15-000-2022-02335-00 \(AC\).](#)

9. No se vulneran derechos fundamentales de integrante de comunidad indígena que fue víctima de una mina antipersona, cuando no se logra acreditar responsabilidad de agentes del Estado

Síntesis del caso: *Unos integrantes de la comunidad indígena Embera Katio, que residen en el resguardo Gito Dokabu en el municipio de Pueblo Rico (Risaralda) presentaron acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Antioquia, a fin de proteger sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia, reparación integral y dignidad humana, que estimaron vulnerados por cuenta de la sentencia de 21 de mayo de 2021, en la que se demostró que las lesiones personales causadas por una mina antipersona de la cual fueron víctimas los accionantes, no ocurrió a manos de agentes de la Fuerza Pública y, por consiguiente, no habría lugar a acreditar la responsabilidad patrimonial del Estado. El juez de tutela, en segunda instancia, no encontró estructurada la causal de defecto fáctico, tras determinar que la valoración probatoria hecha por la autoridad accionada fue adecuada, bajo los principios de la lógica y la sana crítica. A pesar de que se trata de personas protegidas al amparo del Derecho Internacional Humanitario, no fue posible comprobar que los miembros de la Fuerza Pública, que se encontraban en la zona, fueran los causantes de la colocación de los artefactos explosivos.*

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

Problema jurídico 1: *[¿Es procedente acceder a las solicitudes de desvinculación propuestas por, en tanto que manifestaron no ser las autoridades que presuntamente vulneraron los derechos fundamentales deprecados por la parte actora?]*

Tesis 1: “El Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional y el Ministerio del Interior solicitaron la desvinculación del presente trámite por carecer de legitimación en la causa por pasiva. Sobre el punto, se tiene que si bien en la sentencia de primera instancia nada se resolvió acerca de las peticiones, la Sala las negará en atención a que la vinculación al proceso se hizo en la condición de terceros con interés, con el fin de que pudieran ejercer su derecho de defensa”.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / MINA ANTIPERSONA / LESIONES PERSONALES A INDÍGENA / PROTECCIÓN A INDÍGENA / DERECHO DE LOS INDÍGENAS / ERRADICACIÓN DE CULTIVO ILÍCITO / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA POR HECHO SUPERADO

Problema jurídico 2: *La Sala deberá] determinar si, de acuerdo con los argumentos planteados en el escrito de impugnación, hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo de primera instancia del 24 de enero de 2022 proferido por la Sección Segunda, Subsección “B” de esta Corporación, que denegó las pretensiones de la petición de amparo, por no encontrar configurados los defectos fáctico, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución, respecto de la sentencia del 21 de mayo de 2021, emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso de reparación directa con radicación 05001-33-33-026-2012-00383-01.*

Tesis 2: “[P]ara la Corporación judicial demandada no existió prueba alguna que permitiera tener certeza de que la mina antipersonal tenía como finalidad atacar a un agente del Estado, ya que el objetivo principal de los grupos al margen de la ley con la plantación de esos artefactos explosivos es proteger el cultivo ilícito de “cualquier persona que represente una amenaza para los mismos”, es decir, sin distinción de que

sea un agente estatal o un civil. De ahí que consideró que las circunstancias en las que se produjo la detonación de la mina antipersonal, no se enmarcan en los supuestos señalados en la sentencia de unificación del 7 de marzo de 2018, para la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado, en atención a que no iba dirigida contra una entidad estatal. (...) En ese contexto, esta Sala de Decisión concluye que no hubo una indebida valoración del informe suscrito por el coordinador zonal de Antioquia, si se tiene en cuenta que el tribunal determinó que no hubo una omisión o actuación negligente del Ejército Nacional frente al cumplimiento del protocolo tendiente a asegurar la zona en la que se iba a llevar a cabo la erradicación, pues, a pesar de que se tenía conocimiento de que el terreno podía estar minado, los mecanismos desplegados para su verificación no lograron detectar el artefacto explosivo que le causó las lesiones al actor, debido a la profundidad y el tiempo que llevaba sembrada la mina antipersonal. (...) [La Sala] advierte que, si bien el tribunal no estudió el asunto sometido a su consideración bajo la óptica del principio de distinción a pesar de haberse puesto de presente en la demanda, lo cierto es que debe tenerse en cuenta que el proceso para la vinculación de los erradicadores manuales de cultivos ilícitos no se llevó a cabo por el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, sino por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social (antes Agencia Presidencial de Acción Social), tal como se acreditó en el expediente con la suscripción de un contrato de prestación de servicios entre dicha entidad y la empresa Empleamos S.A., cuya finalidad era la erradicación de cultivos ilícitos. (...) [Así pues,] se encuentra que comoquiera que según la sentencia objeto de cuestionamiento se argumentó y demostró que la actuación del Ejército Nacional cumplió con el protocolo de seguridad respecto de la zona en la que se realizaría la erradicación de plantas de coca el día de la ocurrencia de los hechos de la demanda, la ausencia de pronunciamiento en relación con el principio de distinción no tenía incidencia en cuanto a las funciones desplegadas por la institución castrense, en razón a que, se reitera, no llevó a cabo el proceso de vinculación de los erradicadores manuales de los cultivos ilícitos. Igual consideración se emplea en relación con la vulneración del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en el sentido de que el actor consideró que se desconoció la prohibición de someter a personas indígenas al desarrollo de actividades que impliquen un riesgo para su salud; sin embargo, como se anotó, el Ejército Nacional no vinculó al personal que se encargaría de la erradicación. Con fundamento en lo expuesto, la Sala concluye que no se configuró el cargo de violación Directa de la Constitución. (...) La parte accionante reiteró el desconocimiento por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia de unas sentencias de tutela proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado; sin embargo, como se indicó en la providencia impugnada, las sentencias de tutela emitidas por el Consejo de Estado no constituyen precedente en tanto no son proferidas por el órgano de cierre en materia Constitucional, además de que esta Corporación no actuó como órgano de cierre Contencioso Administrativo, de manera que la decisión contenida en ellas solo constituye un criterio auxiliar de interpretación. Por otro lado, en cuanto a la desatención de la postura fijada en la sentencia 10 de febrero de 2021, dictado por la Sección Tercera de esta Corporación, exp. 50001-23-31-000-2006-00937-01, se tiene que en esa decisión se trató del caso de una lesión causada por una mina antipersonal en desarrollo de la actividad de erradicación manual de cultivos ilícitos en la Serranía de La Macarena, Parque Natural de La Macarena, jurisdicción de La Macarena (Meta). (...) Así pues, los casos planteados en uno y otro proceso son diferentes en cuanto a la conclusión respecto del análisis probatorio, ya que en la sentencia del 10 de febrero de 2021 se determinó que la Policía Nacional incurrió en falla del servicio por no inspeccionar la zona y efectuar el correspondiente desminado de un área con alta contaminación de minas antipersonal, en tanto que en el fallo censurado, según lo argumentado por el tribunal, las pruebas acreditaron el actuar diligente del Ejército Nacional”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 12 de mayo de 2022, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-15-000-2021-10407-01 \(AC\).](#)

10. Defecto procedimental absoluto al darle trámite el juez a un asunto de controversias contractuales por la normativa procesal de la restitución de inmueble arrendado.

Síntesis del caso: *El Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público promovió demanda de restitución y lanzamiento del inmueble contra la señora [M.A.F.], cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Treinta y Uno (31) Administrativo Oral del Circuito de*

Bogotá. Mediante auto del 7 de octubre de 2015, dicho despacho judicial avocó conocimiento y admitió la demanda de restitución de bien inmueble arrendado previsto en el artículo 384 del Código General del Proceso -CGP- aplicando la remisión que hace el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-. El 28 de octubre de 2019, el Juzgado Treinta y Uno (31) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá celebró audiencia inicial de conformidad al artículo 372 del C.G.P. y dictó sentencia en el sentido de i) declarar terminado el contrato de arrendamiento suscrito entre [M.A.F.M.] y el DADEP, respecto del inmueble ubicado en la calle 23 Nro. 1-70 de Bogotá; ii) ordenarle a la demandada y/o a quien correspondiera fuese cónyuge y/o herederos o quien residiera en el inmueble restituirlo en un término máximo de diez días calendario siguientes a la ejecutoria de la providencia. El 3 de febrero de 2020 se libró Despacho Comisorio N° 001, a efectos de dar cumplimiento a la sentencia y lograr la restitución del bien inmueble arrendado. Con providencia del 26 de octubre de 2021, el Juzgado Veintisiete (27) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá avocó conocimiento del Despacho Comisorio, y ordenó la realización de primera, segunda y última comunicación para efectos de proceder con la entrega del inmueble.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / TRÁMITE INADECUADO DEL PROCESO / TRÁMITE DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PERSONA EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA / PROTECCIÓN ESPECIAL A LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA / PROTECCIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / MENOR DE EDAD / VENDEDOR ESTACIONARIO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico: ¿Los Juzgados Treinta y Uno (31) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá y Veintisiete (27) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de la actora, con ocasión de las actuaciones surtidas al interior del proceso de restitución de inmueble arrendado radicado bajo el número 11001-33-36-031-2015-00428-00?

Tesis: “[E]sta Sala de Decisión no puede pasar por alto que el a quo constitucional al estudiar las notificaciones de la actuación procesal al interior del ordinario, advirtió que el Juzgado Treinta y Uno (31) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, le dio trámite al proceso radicado N°. 11001-33-36-031-2015-00428-00, a través de un medio de control que no está previsto en la Ley 1437 de 2011 restitución de bien inmueble arrendado-, y lo presidió únicamente con las reglas del Código General del Proceso, siendo lo procedente el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 del CPACA. (...) En este sentido, la Sala considera que dada la eventual configuración de la irregularidad advertida por el a quo, el incidente de nulidad como medio de defensa judicial para conjurar la posible amenaza al derecho fundamental al debido proceso y de defensa de la actora y su núcleo familiar frente a la presunta indebida notificación a la que se ha aludido con antelación, perdería idoneidad. Ello, toda vez que se promovería para estudiar las actuaciones al interior de un proceso en el que, desde el inicio, se presentó una escogencia indebida del medio de control y ello no fue advertido por el Juzgado Treinta y Uno (31) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá. Con este panorama, y aun cuando dicha situación no fue mencionada por la parte actora en su tutela toda vez que su reproche se centró en la presunta indebida notificación del proceso de restitución de inmueble arrendado que se adelantó contra su fallecida madre y que derivó en la decisión judicial que dispuso la terminación del contrato de arrendamiento y la entrega, la Sala realizará el análisis de lo advertido por el a quo con ocasión al principio de la tutela judicial efectiva y de oficiosidad. Sobre la tutela judicial efectiva debe recordarse que el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia dispuesto en el artículo 229 de la Constitución, establece que las autoridades judiciales deben garantizar la plenitud de las garantías procesales de los involucrados velando por mantener vigentes los principios, derechos y deberes constitucionales, orientando sus actuaciones hacia el logro de impartir justicia respetando el ordenamiento jurídico. (...) Adicional a lo comentado, debe ponerse de presente que según lo manifestado por la [actora] su núcleo familiar, esto es, quienes

actualmente viven en el inmueble objeto del proceso ordinario, se conforma de personas en estado de vulnerabilidad en razón de su i) condición socioeconómica que no les permite tener ingresos estables dado que son vendedores ambulantes y su grado de formación académica no sobrepasa la primaria, por iii) su estado de salud o iii) por tratarse de menores de edad de 2 y 15 años. Frente al particular se tiene que el inmueble es habitado por personas destinatarias de especial protección constitucional como niños, vendedores informales y personas con afecciones de salud que por sus particulares condiciones se sitúan en un escenario de vulnerabilidad o debilidad manifiesta que no puede pretermitir el juez constitucional. (...) Tal y como puso de presente el a quo, las pretensiones del DADEP al interior del proceso ordinario adelantado fueron que con ocasión al impago de los cánones mensuales, se decretara el incumplimiento y la terminación del contrato de arrendamiento celebrado en el año 1994 con la señora [M.A.F.D.M.] (madre de la accionante) respecto del inmueble al que se ha hecho referencia en líneas anteriores, y que como consecuencia de lo anterior, se ordenara su restitución y entrega. Pese a evidenciarse que lo pretendido en la demanda era que se decretara el incumplimiento de un contrato celebrado entre la entidad territorial y un particular, situación que debía tramitarse por el medio de control de controversias contractuales de que trata el artículo 141 del CPACA, el Juzgado Treinta y Uno (31) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, avocó conocimiento y admitió la demanda de restitución de bien inmueble arrendado. Tal y como advirtió el juez constitucional de primer grado, la escogencia indebida del medio de control por parte del DADEP para la defensa de sus intereses, fue inadvertida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, en protuberante desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 141 del CPACA. (...) Con relación a este aspecto la Corporación ha puesto de presente que los conflictos que surgen en los contratos estatales y en la ejecución y cumplimiento de los mismos deben tramitarse a través de los medios de control establecidos en el CPACA, siendo para el caso de los contratos de arrendamiento entre la administración y los administrados el de controversias contractuales y no el proceso de restitución de inmueble arrendado, como aconteció en el caso concreto. (...) En sentencia de 5 de marzo de 2021, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió a la procedencia del medio de control de controversias contractuales para dirimir un conflicto surgido en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado entre la Diócesis de Yopal y el Departamento del Casanare, en el cual se presentó un incumplimiento por parte de la entidad territorial de manera que la parte arrendadora promovió una demanda de reparación directa por la ocupación de los predios arrendados. En tal oportunidad, la Sala abordó el estudio en lo relacionado con la procedencia o no del medio de control ejercido, a pesar de que dicho aspecto no fue objeto de estudio en la sentencia dictada por el tribunal a quo y de que tampoco fue mencionado en el recurso de apelación interpuesto. Lo anterior, por cuanto en virtud del artículo 171 del CPACA y el principio iura novit curia corresponde al juez, al momento de admitir la demanda, impartir la vía procesal que corresponda, aun cuando en la demanda se haya indicado una inadecuada. (...) Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala de decisión considera que en el sub iudice el Juzgado Treinta y Uno (31) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá incurrió en un defecto procedimental absoluto cuando menos porque i) al conocer del asunto se ciñó a un trámite completamente ajeno al pertinente; ii) no hay posibilidad de corregir la irregularidad por vía distinta al mecanismo constitucional y (iii) la irregularidad no pudo ser alegada al interior del proceso ordinario de acuerdo con las circunstancias comentadas del caso específico. En consecuencia, en este preciso aspecto la Sala coincide con lo resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección D, investido como juez constitucional de primer grado, en el sentido de dejar sin efectos el proceso de radicado No. 11001-33-36-031-2015-00428-00 desde el auto admisorio proferido el 7 de octubre de 2015 inclusive, por haber impartido un trámite a través de un medio de control inexistente en la Ley 1437 de 2011 como la restitución de inmueble arrendado, con el fin de que se corrija la actuación y con ello se garantice el debido proceso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 12 de mayo de 2022, C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 25000-23-15-000-2022-00179-01\(AC\).](#)

HABEAS CORPUS

1. Vulneración del derecho a la libertad al no materializarse la medida de detención preventiva

domiciliaria y permanecer el accionante en detención preventiva intramural.

Síntesis del caso: En audiencia concentrada celebrada ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Valledupar, se legalizó la captura del accionante, se le imputó el delito de acceso carnal violento agravado, y se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, consistente en la detención domiciliaria en el lugar de residencia, ubicado en la ciudad de Valledupar. Pese a ello, y a que se libró la boleta de encarcelamiento Nro. 0456 del 5 de abril de 2022, corregida por la boleta de encarcelamiento Nro. 00506 del 20 de abril del mismo año, lo cierto es que, a la fecha de presentación de la acción constitucional, no se le había trasladado a su lugar de residencia para cumplir con la detención preventiva impuesta por el juez de control de garantías y permanecía en detención intramural.

ACCIÓN DE HABEAS CORPUS / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS / CAPTURA / LEGALIDAD DE LA CAPTURA / JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS / IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DETENCIÓN PREVENTIVA DOMICILIARIA / DOMICILIO DEL PROCESADO / VÍA DE HECHO ADMINISTRATIVA / INCUMPLIMIENTO DE ORDEN JUDICIAL / TRASLADO DEL PROCESADO / SALA DE DETENIDOS DE LA ESTACIÓN DE POLICÍA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD

Problema jurídico: ¿Se vulnera el derecho a la libertad del señor [A.L.Q.S.], en tanto, no se ha cumplido la medida de aseguramiento de detención preventiva, consistente en la detención domiciliaria en el lugar de residencia, por lo que ha permanecido varios días entre una estación de policía y en establecimiento penitenciario y carcelario?

Tesis: “[L]a Sala Unitaria concluye que la privación de la libertad fue legal, tal como lo puso de presente el juez con funciones de control de garantías al declarar su legalidad. Igualmente, que no se trata de un caso de prolongación ilegal de la privación de la libertad, por cuanto no se cumplen los supuestos que prevé el artículo 317 del C.P.P. para ordenar la libertad; de hecho, sigue estando vigente la medida de aseguramiento privativa de libertad. Sin embargo, la Sala Unitaria considera que sí se vulneró el derecho a la libertad del señor [A.L.Q.S.], pues no se ha materializado la medida de aseguramiento de detención domiciliaria impuesta en su contra. En efecto, la detención en una Unidad de Reacción Inmediata o similar no puede exceder de 36 horas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 28 A de la Ley 65 de 1993 (...) En esa medida, una permanencia mayor en ese estado vulnera el derecho fundamental a la libertad de la persona privada de la libertad, toda vez que la medida de aseguramiento restringe la libertad a su domicilio y no a un establecimiento penitenciario o estación de policía; medida aquella menos lesiva que la reclusión intramural. No se desconoce que el señor [A.L.Q.S.] se encuentra recluido en Bogotá en el CPMS Bogotá-Regional Central, pues desde el 25 de abril de 2022 fue puesto a disposición de ese establecimiento. Empero, ello no ha aparejado el cumplimiento de la medida de aseguramiento de detención preventiva, ya que no se ha configurado el traslado al sitio de residencia, el cual se ubica en la ciudad de Valledupar. Por ello, aun cuando la persona privada de la libertad se encuentra registrada en el SISIPPEC mal puede hablarse del cumplimiento cabal y efectivo de la medida de aseguramiento que le fue impuesta; (...) Así las cosas, al haber sido comprobada la detención del actor en una estación de policía por más de 15 días, así como la permanencia en establecimiento penitenciario y carcelario por más de 7 días, esta Sala Unitaria considera probada la vulneración de su libertad, en especial cuando el juez de la causa ordenó la medida de aseguramiento de prisión domiciliaria desde el 5 de abril de 2022 para lo cual libró la boleta de encarcelamiento correspondiente el mismo día y procedió a su corrección el 20 del mismo mes y año (...) Lo anterior es suficiente para revocar la providencia impugnada. En su lugar, la Sala Unitaria concederá el hábeas corpus en favor del señor [A.L.Q.S.] (...). En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1095 de 200614, se ordena compulsar copias de la presente actuación con destino a la Policía Metropolitana de Bogotá y al INPEC, a efectos de que se inicien las investigaciones correspondientes.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 2 de mayo de 2022, C.P. Myriam Stella Gutierrez Arguello, radicación 20001-23-33-000-2022-00119-01\(HC\).](#)

2. Se reitera que el *habeas corpus* no es un mecanismo alternativo o supletorio del trámite de extradición.

Síntesis del caso: *Un ciudadano pidió su excarcelación inmediata, al estimar que su privación de la libertad se prolongó ilegalmente, pues fue detenido por la Policía, en cumplimiento del requerimiento de un juez de instrucción español y de una circular roja de Interpol, pero no se han adelantado, en su criterio, los trámites necesarios para su extradición a España.*

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS POR EXISTENCIA DE OTRO MECANISMO DE DEFENSA / CAPTURA CON FINES DE EXTRADICIÓN / CONVENCIÓN DE EXTRADICIÓN ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL / COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL / COMPETENCIA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Problema jurídico: *¿El habeas corpus procede para determinar si se cumplieron los requisitos de la privación de la libertad, cuando esta medida se originó en un requerimiento internacional con fines de extradición?*

Tesis: “La extradición de nacionales es un mecanismo de cooperación internacional, previsto en la Constitución e instrumentalizado a través de tratados internacionales y las normas de derecho interno. Estos preceptos definen las autoridades competentes para formular y atender el requerimiento de extradición, la recopilación de los documentos necesarios, la orden de captura -cuando el procesado es detenido de manera preventiva con ocasión del requerimiento internacional- y la evaluación judicial del cumplimiento de los requisitos de la extradición -a cargo de la Corte Suprema de Justicia-. Por ello, escapa a la competencia del juez del habeas corpus intervenir en dicho trámite para obstaculizar, cuestionar o invalidar el sentido de las decisiones adoptadas por las autoridades competentes (arts. 6, 121, 123 y 230 CN). Una indebida interferencia del juez del habeas corpus en el trámite de la extradición podría no solo llevar al desconocimiento de la estricta asignación de competencias de ese mecanismo, sino -más grave aún- derivar en un incumplimiento de compromisos internacionales del Estado (art. 9 CN y art. 26 Convención de Viena de los Tratados). El 5 de mayo de 2022, el solicitante fue detenido -de manera preventiva- en Cali, con ocasión del requerimiento internacional de un juez de instrucción español, a raíz de un proceso penal por la presunta agresión sexual a una menor de edad. Ese requerimiento se dio en la notificación roja de la Interpol n°. A-536/1-2022 del 19 de enero de 2022 (...). En la misma fecha, el detenido se dejó a disposición del Despacho del fiscal general de la Nación (...). El 11 de mayo siguiente el fiscal general profirió orden de captura con fines de extradición en contra del peticionario (...), pues, el 6 de mayo pasado, la Embajada de España había hecho el requerimiento de la extradición (...). El 23 de mayo de 2022, esa embajada, por Nota Verbal n°. 204/2022, formalizó la solicitud de extradición (...). El Ministerio de Justicia y del Derecho radicó la extradición ante la Corte Suprema de Justicia, autoridad que está conociendo el asunto para emitir concepto, desde el 6 de junio de 2022 (...). Como el solicitante fue capturado con fines de extradición y el procedimiento se encuentra en desarrollo (...), conforme a los artículos 484, 490 a 514 CPP, corresponde de manera privativa al fiscal general de la Nación decidir sobre la privación de la libertad, a la Corte Suprema de Justicia evaluar el cumplimiento de los requisitos para la extradición y al Gobierno dictar las resoluciones ejecutivas para el cumplimiento del requerimiento internacional. De modo que el juez del habeas corpus no tiene atribución alguna para interferir o cuestionar las decisiones de dichas autoridades. El Despacho destaca que no está acreditado que el afectado hubiera solicitado su libertad ante la autoridad competente. Tampoco se demostró que, por el paso del tiempo, se perdiera el fundamento jurídico de su detención [núm. 4]. En definitiva, el habeas corpus no es un mecanismo alternativo o supletorio del trámite de extradición. El habeas corpus tampoco puede convertirse en un instrumento para interferir o anular las decisiones de las autoridades competentes, ni es una instancia de revisión para evaluar los reparos del detenido, relacionados con la solicitud de extradición

o la concesión de la libertad [núm. 5]. El habeas corpus no procede, porque se convertiría en un mecanismo sucesivo, alternativo, supletorio o paralelo del procedimiento establecido por los instrumentos internacionales aplicables y los artículos 490 a 514 CPP. La yuxtaposición de medios de control judicial no solo es irracional, porque va contra el orden -esencia y fin del derecho-, sino porque aniquila la seguridad jurídica, pilar fundamental de la convivencia social.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; providencia del 16 de junio de 2022; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 76001-23-33-000-2022-00582-01 \(HC\).](#)

ACCIÓN DE GRUPO

Condena al Estado por la falla en el servicio en la prevención, la garantía de seguridad para el retorno y en la atención de una comunidad indígena víctima de desplazamiento forzado.

Síntesis del caso: El 30 de noviembre de 2017, los miembros de la comunidad indígena Unión de Agua Clara perteneciente al Resguardo de Burujón, comunidad indígena del Resguardo de Chachajo y comunidad indígena de Chamapuro perteneciente al Resguardo de Nuevo Pitalito, del pueblo indígena Wounaan que habita el bajo San Juan, ejercieron la acción de grupo contra varias entidades públicas para que se declarara la responsabilidad de las demandadas por las acciones y omisiones en las que incurrieron y que dieron origen al desplazamiento forzado de las comunidades indígenas demandantes.

ACCIÓN DE GRUPO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RECLAMACIÓN DE DAÑOS POR DESPLAZAMIENTO FORZADO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / NEGACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL / REPARACIÓN A LA VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / TERRITORIO INDÍGENA / COMUNIDAD INDÍGENA / VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / RECONOCIMIENTO DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO INTERNO / COMBATE / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / FUERZAS MILITARES

Problema jurídico: ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por fallar en la prevención del desplazamiento y en la garantía de seguridad para el retorno y del Distrito de Buenaventura y de la UARIV por las fallas en la atención durante el tiempo en que las comunidades permanecieron desplazadas?

Tesis: “El 30 de noviembre de 2017 los miembros de la “comunidad indígena Unión de Agua Clara perteneciente al Resguardo de Burujón, comunidad indígena del Resguardo de Chachajo y comunidad indígena de Chamapuro perteneciente al Resguardo de Nuevo Pitalito”, del pueblo indígena Wounaan que habita el bajo San Juan, ejercieron la acción de grupo contra varias entidades: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas -UARIV-; Defensoría del Pueblo, Fiscalía General de la Nación -FGN-, Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Policía Nacional, Ministerio de Salud y Protección Social, Unidad de Restitución de Tierras -URT-, Agencia Nacional de Tierras -ANT-, Unidad Nacional de Protección, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, Departamento del Valle del Cauca, Alcaldía de Cali, y Distrito de Buenaventura. Solicitaron que se declarara la responsabilidad de las demandadas “por todas las acciones y omisiones en las que incurrieron y que

dieron origen al desplazamiento forzado de las comunidades indígenas demandantes, sus retornos sin garantías, su actual condición de confinamiento y la grave situación humanitaria padecida y las violaciones a los derechos humanos que aún los mantienen en riesgo de desplazamiento forzado”. El desplazamiento ocurrió los días 24 de septiembre y 29 de noviembre de 2014. El retorno sin garantías se dio el 29 de noviembre de 2015. (...) En el 2014 la presión armada de los grupos ilegales y los combates con la Fuerza Pública obligaron a los habitantes de las comunidades Unión Agua Clara, Chachajo y Chamapuro a confinarse en sus viviendas. Ante la continuidad de dichos enfrentamientos, decidieron desplazarse. Primero, el 24 de septiembre de 2014, las comunidades de Chachajo y Chamapuro se desplazaron forzosamente al municipio de Buenaventura. Y el 28 de noviembre de 2014, las familias de la comunidad de Unión Agua Clara, también a Buenaventura. (...) Durante el desplazamiento, las comunidades permanecieron en condiciones indignas en diferentes zonas del municipio de Buenaventura, sin acceso a una alimentación adecuada ni servicios públicos básicos. Finalmente, el 29 de noviembre de 2015, la mayoría de los miembros de las comunidades Unión Agua Clara, Chachajo y Chamapuro retornó a sus territorios sin garantías. En la demanda se aseguró que las demandadas son responsables por acción y omisión en el cumplimiento de sus deberes legales y constitucionales porque no tomaron medidas para prevenir el desplazamiento forzado de las comunidades, ni para atender a los miembros de la comunidad de forma adecuada mientras permanecieron en situación de desplazamiento, ni para garantizar el retorno seguro a sus territorios. (...) Al contrario de lo que sostuvo el Tribunal, está probado que las comunidades Wounaan de Agua Clara, Chamapuro y Chachajo estaban en riesgo de desplazamiento desde el año 2008, que las fuerzas armadas conocían la situación desde entonces por los informes de riesgo, las consecuentes alertas tempranas y las notas de seguimiento emitidos en el Sistema de Alertas Tempranas. Que pese al intenso riesgo, no se previno el desplazamiento, se toleró la presencia y control de grupos armados durante largo tiempo y luego se hicieron combates en los territorios indígenas que obligaron a las comunidades a huir. Las fuerzas armadas reconocieron que sus operaciones tenían el riesgo de causar desplazamientos en esta región y que aún estaban frente al reto de lograr que su intervención generara tranquilidad a la población. Está probado también que durante el desplazamiento no se brindó la atención diferenciada que exige la ley, que las familias vivieron en Buenaventura un año en condiciones indignas, y que no se aseguró alimentación, educación y salud culturalmente adecuadas. Se acreditó también que las fuerzas armadas certificaron la existencia de condiciones de seguridad para el retorno y que pocos días después de volver al territorio, las comunidades fueron sometidas a nuevos hechos violentos que terminaron por confinarlas intensamente. El nuevo confinamiento agravó aun más la situación de riesgo de las comunidades porque sus viviendas estaban en condiciones estructurales críticas, sin flujo eléctrico ni agua. 17. Con base en esas certezas, la Sala revocará la sentencia de primera instancia. Declarará la responsabilidad del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por fallar en la prevención del desplazamiento y en la garantía de seguridad para el retorno. Declarará la responsabilidad del Distrito de Buenaventura y de la UARIV por las fallas en la atención durante el tiempo en que las comunidades permanecieron desplazadas. Declarará la responsabilidad de la UARIV como cabeza del SNARIV por las fallas en la coordinación para el diseño e implementación de las garantías de dignidad y seguridad en el retorno. No se declarará la responsabilidad de las demás demandadas. No se responsabilizará al Departamento del Valle del Cauca. De acuerdo con el principio de subsidiariedad, el Departamento sólo debía concurrir en la atención a los desplazados si el distrito de Buenaventura hubiera demostrado “su incapacidad de ejercer eficiente y eficazmente sus competencias y responsabilidades”. No está probado que el Distrito hubiera solicitado el apoyo y probado su incapacidad de responder. No se acreditó que el ICBF, la URT y la ANT hubieran fallado en la prestación de los servicios que les correspondían. Tampoco se probó que la UNP hubiera sido convocada a los Comités de Justicia Transicional para activar la oferta de protección. Ni que la Policía Nacional, los Ministerios de Salud y del Interior y la Fiscalía General de la Nación hubieran incidido en la producción del daño. El municipio de Cali, por su parte, no tuvo injerencia en las condiciones de las personas que conforman el grupo demandante que, como se dijo, solo incluye a quienes estuvieron desplazados en Buenaventura. Finalmente, la Sala aclara que, al contrario de lo que señala la sentencia de primera instancia, la Defensoría del Pueblo no fue demandada. Para sustentar la decisión anunciada, la Sala explicará, en primer lugar, cómo el desplazamiento forzado, la permanencia en condiciones indignas en Buenaventura y el retorno sin garantías están probados y funcionaron como causa común del daño por el que se demandó.”

Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE GRUPO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO /

INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / DESPLAZAMIENTO FORZADO / CABILDO INDÍGENA / OMISIÓN DE DENUNCIA DE PARTICULAR / SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / SISTEMA DE ALERTAS TEMPRANAS / AUSENCIA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / ASISTENCIA A LA VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / CONFIRMACIÓN DEL FALLO

Problema jurídico: ¿Se acreditó la responsabilidad del estado por omisión en la atención, por los daños padecidos por las comunidades de Chachajo, Chamapuro y Aguaclara del pueblo indígena Wounaan?

Tesis: “No estoy de acuerdo con la sentencia que accedió a las pretensiones de los demandantes y declaró la responsabilidad del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, el Distrito de Buenaventura y la UARIV por los daños padecidos por las comunidades de Chachajo, Chamapuro y Aguaclara del pueblo indígena Wounaan. Considero que en el expediente no había prueba de las omisiones y acciones imputadas a las demandadas, razón por la cual no era procedente declarar su responsabilidad. (...) Los demandantes alegaron que sufrieron daños imputables a las entidades demandadas: (i) por el desplazamiento forzado desde sus comunidades al municipio de Buenaventura como consecuencia de las amenazas de grupos ilegales y los combates entre estos y el Ejército; (ii) por la atención deficiente recibida por parte de las autoridades públicas mientras duró el desplazamiento en el municipio de Buenaventura, y (iii) por la falta de acompañamiento de las autoridades antes y después del regreso de los desplazados a sus comunidades. (...) Considero que en el expediente no está probado que la Administración haya intervenido, por acción u omisión, en los daños reclamados por los demandantes. En relación con la primera situación, no existen pruebas en el expediente que den cuenta de la existencia de combates entre la fuerza pública y los grupos armados ilegales en las comunidades de Chachajo, Chamapuro y Unión Aguaclara que hubieran causado el desplazamiento. Respecto de la existencia de amenazas y hostigamientos a los miembros de las comunidades por parte de los grupos armados ilegales, no obra en el expediente prueba de advertencias o solicitudes de protección por parte de las comunidades de Chachajo y Chamapuro con anterioridad al 24 de septiembre de 2014, fecha en la que ocurrió el desplazamiento. En su testimonio la señora [A.M.V.E.], quien se desempeñaba como funcionaria de la Defensoría del Pueblo para la época de los hechos, afirmó que existieron alertas tempranas de la Defensoría respecto del riesgo inminente de desplazamiento de las comunidades del bajo San Juan, las cuales fueron presentadas a las fuerzas armadas. Sin embargo, los documentos donde constan las alertas tempranas no fueron aportados al expediente, por lo cual la sola manifestación de la testigo no prueba ese hecho. En relación con el desplazamiento sufrido por la comunidad de Unión Aguaclara, en el expediente obra un acta de reunión del 4 de noviembre de 2014 del Comité de Justicia Transicional celebrada en el municipio de San Juan del Litoral, en la cual el gobernador del resguardo indígena de Burujón, del cual hace parte la comunidad de Unión Aguaclara. (...) Además de lo anterior, en el acta consta la intervención del sargento de la Infantería de Marina, responsable de la zona donde estaban las comunidades. (...) De lo anterior se puede establecer que, si bien existió una advertencia previa de la comunidad respecto de su temor de verse en la obligación de desplazarse por la presencia de grupos armados ilegales, en el acta también se acredita que las Fuerzas Armadas hacían presencia en la zona donde ocurrió el desplazamiento y se estableció la dificultad de mantener un control total del orden público. (...) Por lo anterior, en la medida en que la obligación de la fuerza pública es de medio y no de resultado, y está acreditado que las Fuerzas Armadas hicieron presencia en la zona del desplazamiento y que existían dificultades específicas para el mantenimiento del orden público, no era posible imputar omisión alguna en el cumplimiento de los deberes de protección al Ejército Nacional ni a la Policía Nacional respecto del desplazamiento sufrido por las comunidades demandantes. Por otro lado, en relación con los daños sufridos por las comunidades indígenas en el transcurso del desplazamiento en el municipio de Buenaventura, en la demanda no se hizo una imputación específica de las omisiones atribuidas a las entidades demandadas. (...) Sin embargo, en la demanda no se estableció con claridad cuáles fueron las obligaciones legales o constitucionales que las demandadas no atendieron o cumplieron de forma defectuosa. Lo anterior hace imposible realizar un análisis de la responsabilidad de las entidades demandadas por la supuesta omisión en el cumplimiento de sus funciones. Algunos testimonios rendidos por los funcionarios de la Defensoría del Pueblo relataron que la atención brindada por parte del Municipio de Buenaventura y la Unidad de Víctimas a las comunidades desplazadas en el municipio no fue adecuada. Es cierto que la testigo [A.M.V.E.] relató que la atención prestada, en su criterio, fue inadecuada y deficiente. El testigo [L.E.O.R.], quien también se desempeñaba como funcionario de la Defensoría para el momento de los hechos, afirmó que, en su concepto, la atención prestada a la comunidad desplazada fue deficiente en términos de oportunidad y eficacia. (...) Además de lo anterior, la testigo [A.M.V.E.] afirmó que, ante la deficiencia en la atención prestada, la Defensoría del Pueblo interpuso una acción de tutela en la primera semana de enero de 2015 para proteger los derechos

fundamentales de las comunidades desplazadas. La copia del fallo de tutela obra en el expediente, y allí, entre otras cosas, se ordena al Municipio de Buenaventura y a la Unidad de Víctimas -brindarle a la población indígena WOUNAAN desplazada y hacinada actualmente en diferentes sitios del Distrito de Buenaventura (...) los componentes de albergue, alimentación, salud, educación, recreación mientras se superen las condiciones de vulnerabilidad actual en que se encuentran-. Al ser preguntada respecto del cumplimiento de la Unidad de Víctimas de la obligación de asistencia a la comunidad desplazada, la testigo afirmó que: -La Unidad de Víctimas coadyuvó a los temas de alimentos, sí atendían después de hacer varios requerimientos. Y sobre todo fue mucho más fuerte después de la tutela. Al ser preguntada respecto del cumplimiento del municipio de la orden de tutela afirmó que el Municipio de Buenaventura sí cumplió, pero de manera deficiente. Sin embargo, al ser preguntada respecto de la existencia de incidentes de desacato en dicho trámite de tutela, la testigo afirmó que no habían existido. Entonces, si bien se afirmó que hubo una omisión en el cumplimiento de las obligaciones de asistencia a la población desplazada por parte de las entidades demandadas, lo cierto es que con los testimonios practicados se prueba que la asistencia sí se prestó, más allá de las calificaciones dadas respecto de su oportunidad y eficacia. Resulta particularmente relevante que, en el trámite de tutela iniciado por la Defensoría del Pueblo para la protección de los derechos fundamentales de los desplazados, no se hubiere iniciado un incidente de desacato respecto de las órdenes de atención a la comunidad. Por lo tanto, no estaba probada la omisión atribuida a las demandadas respecto de su atención y asistencia a las comunidades demandantes mientras perduró la situación de desplazamiento. Finalmente, en relación con la omisión imputada a las entidades demandadas por la falta de acompañamiento en el retorno de las comunidades, el testigo [L.E.O.R.] afirmó que sí existió acompañamiento por parte de las autoridades durante el retorno y con posterioridad a este. (...) - En el expediente consta el acta del 26 de noviembre de 2015 del Comité de Justicia Transicional para el retorno de las comunidades de Agua Clara, Chachajo y Chamapuro, en la que se consigna que, puesto a consideración el plan de retorno se indicó por parte de los representantes indígenas que -se aprueba-. Así, lo que existió fue un desacuerdo por parte de las comunidades respecto del alcance del acompañamiento en el retorno, más no una omisión en las obligaciones de las entidades demandadas. Además, al ser preguntado si las condiciones en las que retornaron las comunidades eran mejores, iguales o peores a las que tenían para el momento en que se desplazaron, el testigo afirmó que: -Yo podría decir que tienen las condiciones que tenían antes de salir del territorio-. Por lo tanto, no se acreditó que hubiera existido una omisión por parte de las entidades demandadas respecto del retorno de las comunidades a sus territorios. En consecuencia, debió confirmarse la sentencia de primera instancia en la medida en que no está probado que haya existido una omisión imputable a las autoridades demandadas respecto del desplazamiento de las comunidades ni de la atención brindada a los desplazados en el Municipio de Buenaventura.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 2 de marzo de 2022, C.P. Alberto Montaña Plata, S.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 76001-23-33-000-2017-01845-01\(AG\).](#)

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

1. El Gobierno Nacional incumplió su deber de reglamentar un sistema de presunción de ingresos, para determinar la capacidad de pago y, en consecuencia, la obligación de afiliarse al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Síntesis del caso: El artículo 33 de la Ley 1438 de 2011 establece en cabeza de las entidades accionadas la obligación de reglamentar un sistema de presunción de ingresos, con la finalidad de determinar quiénes deben cotizar en el régimen contributivo de salud; el gobierno nacional no ha reglamentado lo relacionado con la materia.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LEY / REVOCATORIA DEL FALLO IMPUGNADO / INCUMPLIMIENTO DE NORMA CON FUERZA DE LEY / POTESTAD REGLAMENTARIA / REGLAMENTACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / SISTEMA DE PRESUNCIÓN DE INGRESOS / AFILIACIÓN AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EN SALUD / AFILIACIÓN FORZOSA AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EN SALUD / COTIZACIÓN AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EN SALUD / PRESUNCIÓN DE INGRESOS / INGRESO BASE DE COTIZACIÓN AL SISTEMA DE SALUD

Problema jurídico: *¿Es procedente ordenar el cumplimiento del artículo 33 de la Ley 1438 de 2011 por el cual se ordena al Gobierno Nacional reglamentar un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas, para determinar la capacidad de pago y, en consecuencia, la obligación de afiliarse al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud?*

Tesis: “[L]a Sala observa que el actor en sus escritos de renuencia y demanda no refirió que su solicitud tuviera la finalidad de establecer el ingreso base de cotización de los trabajadores independientes, simplemente, con fundamento en el artículo 33 de la Ley 1438 de 2011 advirtió que el legislador dispuso el deber de reglamentación de un sistema de presunción de ingresos, que si bien reclamó en particular sobre ese tipo de trabajadores, no lo hizo con el fin de hacerlo aplicable para determinar el IBC, como lo asumieron las demandadas en sus respuestas y como lo concluyó el a quo en la decisión recurrida. Al respecto, no desconoce la Sala que es cierto como lo explicó el Tribunal que el legislador a efectos de determinar el IBC de los trabajadores independientes, ha desarrollado la materia en los artículos 204 de la Ley 100 de 1993, 10 y 18 de la Ley 1122 de 2007, 135 de la Ley 1753 de 2015 y 244 de la Ley 1955 de 2019, y que el artículo 366 de esa norma derogó el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 por lo cual acudió a la sentencia C-068 de 2020 de la Corte Constitucional y siguiendo la tesis de las demandadas negó la pretensión. Sin embargo, los fundamentos normativos sobre el IBC de los trabajadores independientes, si bien pudieran tener relación, no deriva del artículo invocado en el escrito de renuencia y la demanda, aunado a lo indicado en el acápite de 2.3.3. de esta providencia, la vigencia del artículo 33 de la Ley 1438 de 2011 no se advierte afectada por otra disposición normativa o decisión judicial. En efecto, el artículo 33 de la Ley 1438 de 2011, que atañe al presente asunto, no ha sido derogado y fue expedido por el legislador para una materia que guarda relación con la capacidad de pago e ingreso pero, de su lectura integral, su objeto es mucho más amplio y atañe a la obligatoriedad en la afiliación al régimen contributivo de salud, reducir los niveles de evasión, elusión y la mora en el pago de los aportes que toda la población con capacidad de pago debe hacer, para garantizar el principio de universalidad del sistema, que es uno de los objetivos centrales de la Ley 100 de 1993, que se predica respecto de todas las personas, no solo los trabajadores independientes. Igualmente, se observa que la disposición fue clara al determinar que “El Gobierno Nacional reglamentará un sistema de presunción de ingresos con base en la información sobre las actividades económicas. En caso de existir diferencias entre los valores declarados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y los aportes al sistema estos últimos deberán ser ajustados”, por lo que se advierte un deber de reglamentación, pero sobre el particular ninguna de las demandadas se pronunció y se limitaron a justificar su acatamiento con el esquema de presunción de costos para efectos del IBC de trabajadores independientes que se gobierna por otras disposiciones y que no responde de manera suficiente el cumplimiento del deber de la norma objeto de este trámite, por tanto, la Sección no comparte la decisión de primera instancia. En este punto, la Sala precisa que no se puede predicar que el deber solicitado se encuentre obedecido, toda vez que la reglamentación prevista en el artículo 33 de la Ley 1438 de 2011 es actualmente exigible y las demandadas no demostraron su cumplimiento. Además, el artículo 244 de la Ley 1955 de 2019 fue declarado inconstitucional y los efectos de la decisión diferidos por la Corte Constitucional, en la sentencia C-068 de 2020, están próximos a expirar como lo indicó el actor y el Tribunal. Así las cosas, atendiendo a la lectura integral del artículo invocado en la demanda, la materia que el legislador dispuso reglamentar a cargo del Gobierno Nacional en cuanto al sistema de presunción de ingresos, previstos en la norma sobre la afiliación al régimen contributivo de salud, no riñe o se opone con lo referente a regular el IBC de los trabajadores independientes, por tanto, el sistema presuntivo que se reclama y que dispuso el legislador debe atenderse y existir en el ordenamiento jurídico. Al respecto, esta Sección ha sostenido que la acción de cumplimiento procede para ordenar el ejercicio de la potestad reglamentaria, en todos los casos en los que el legislador haya impuesto al ejecutivo el deber de reglamentar determinado tema con independencia de si se impuso término o no, es decir, que la ausencia de un plazo para desarrollar ciertas materias no deriva en la inexigibilidad de lo dispuesto como mandato en la norma. En ese sentido, se aclara que en el presente asunto el Gobierno Nacional, de acuerdo con el

artículo 115 de la Constitución Política, se encuentra conformado por el señor presidente de la República y el Ministerio de Salud y de Protección Social, cartera que señaló la presidencia en la contestación, por ende, les corresponde reglamentar la materia objeto del artículo 33 de la Ley 1438 de 2011 que el legislador ordenó, razón por la cual se desvinculará a la UGPP y al Superintendencia de Salud.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 22 de mayo de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 25000-23-41-000-2022-00033-01 \(ACU\).](#)

2

**SALA PLENA
DEL CONTENCIOSO**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Sala Plena Contenciosa Administrativa, al resolver el recurso de apelación interpuesto, revocó la sentencia por medio de la cual se declaró la pérdida de investidura del representante a la Cámara elegido para el periodo 2018-2022 por el departamento de Nariño, Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, al no encontrar acreditada la causal de indebida destinación de recursos públicos.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del congresista Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por la presunta indebida destinación de recursos públicos.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / ORDENADOR DEL GASTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA

Problema jurídico 1: ¿Se configura la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos respecto al congresista demandado por, presuntamente, haber nombrado a un miembro de su UTL para que no realizara ninguna función y con el fin de que compartiera su salario?

Tesis: “La causal de pérdida de investidura no establece como conducta sancionable “ordenar el gasto” y por ende no puede considerarse que ella solo puede ser cometida por el “ordenador del gasto”. Si bien es cierto que a los ordenadores del gasto les corresponde disponer debidamente de los dineros públicos, esto no quiere decir que tal facultad no esté también en cabeza de los congresistas. (...) [N]o hay duda de que el congresista tiene la competencia de disponer del dinero público previsto en la apropiación para los funcionarios de la UTL y lo hace cuando determina su conformación, asigna funciones y postula a una persona para ser designada en el cargo. Tal y como se señala en la sentencia impugnada, a partir de lo dispuesto en el artículo 388 de la ley 5 de 1992, “corresponde al parlamentario ejercer la potestad nominadora respecto de los empleados y/o contratistas que se vinculan a su UTL”. La causal se estructura cuando no solo cuando el congresista designa al funcionario obrando como ordenador del gasto, sino también cuando lo postula para que sea designado: en ambos casos la determinación puntual y concreta del gasto se hace por un acto que proviene de la voluntad del congresista. Si el congresista ejerce esta competencia indebidamente, disponiendo del dinero público asignado en la partida para un fin distinto, lo que ocurre cuando postula a una persona para que formalmente desempeñe las funciones del cargo por las cuales recibirá la remuneración correspondiente, pero en la realidad lo hace con el objeto de que sea designado “para que no desempeñe la función que legalmente le corresponde y le transfiera el salario a un tercero” incurre en la causal de pérdida de investidura. Si el congresista es quien tiene la función legal de solicitar el nombramiento de los funcionarios de la UTL, los cuales se designan con su sola petición y son remunerados con dineros públicos, y ejerce tal competencia con un propósito distinto y en provecho suyo o de un tercero, incurre en la causal de indebida destinación de dineros públicos. (...) De acuerdo con las consideraciones de la sentencia de primera instancia, esto no fue lo demostrado en el proceso. A partir de lo expresado en las motivaciones del fallo apelado, en el expediente no se acreditó que el Congresista hubiera designado al señor Mena en la UTL con el propósito de pagar un favor político, ni que hubiera acordado con el designado que no debería cumplir ninguna función y le hubiese exigido que debía entregarle, a él mismo o a un tercero, el salario recibido en el cargo para el cual iba a ser designado”.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA LEY / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA SANCIÓN

Problema jurídico 2: *¿Se configura la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos respecto al congresista demandado por, presuntamente, haber nombrado a un miembro de su UTL para que no realizara ninguna función y con el fin de que compartiera su salario?*

Tesis: “Las causales de pérdida de investidura están consagradas en normas jurídicas que tienen una estructura de regla (un supuesto de hecho que, en el evento de cumplirse, genera una sanción jurídica) y no tienen la estructura de principios (mandatos de optimización). Por lo tanto, la indebida destinación por designación de funcionarios sólo podría darse cuando se prueba que el congresista postuló a alguien para que cumpliera un fin legalmente prohibido. A contrario sensu, la causal no se configura en los eventos en los que el congresista postula a alguien que no tiene un rendimiento óptimo o adecuado en el cumplimiento de sus funciones. Esto equivaldría a decretar la pérdida de investidura por la violación de un principio (violación del principio de eficiencia en la destinación del dinero público). Aceptar lo contrario, como lo hizo la sentencia de primera, implicaría un amplio margen de discrecionalidad, porque al juez le correspondería estudiar si el principio se cumplió en mayor o en menor medida (...). Eso no es admisible en derecho sancionatorio, porque la conducta sancionable debe ser un supuesto de hecho claro que se cumple o se incumple; no un principio o mandato de optimización que se cumple en mayor o menor medida. (...) Si se estima que la disposición que describe la conducta y la sanción no puede simplemente aplicarse, sino que se trata de una disposición que debe interpretarse para determinar el alcance de la conducta sancionable, esa interpretación debe ser restrictiva, lo que comporta la interdicción de extender sus términos haciendo similitudes. Esta interdicción se justifica porque estamos ante una norma sancionatoria en la que el demandado cuenta con la garantía de la legalidad de la sanción”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la regla de tipicidad en los procesos sancionatorios, ver: Corte Constitucional, sentencias C-948 de 2002, T-1285 de 2005 y SU-474 de 2020; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, sentencia del 23 de mayo de 2006, Rad. 11001-03-15-000-2004-00527-00(REVPI). C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA LEY / PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA SANCIÓN

Problema jurídico 3: *¿La sentencia recurrida en apelación extendió la indebida destinación de dineros públicos a conductas que no deben incluirse dentro de la causal de pérdida de investidura?*

Tesis: “La disposición consagra una conducta personal del congresista que puede realizarse al momento de destinar los dineros públicos. No pueden incluirse dentro de ella conductas que ocurran con posterioridad; una vez se ha producido lo anterior, lo relacionado a cómo se ejecutan las labores para las cuales fueron destinados esos dineros y el control sobre ellas no forma parte de la destinación de los dineros. No puede entenderse que la causal se estructura también por lo que ocurra con posterioridad a la destinación y no puede entenderse que la debida destinación del dinero público comprenda también la debida ejecución de la actividad para la cual fue destinado, o la indebida utilización del dinero público, considerando que el acto de destinar no comprende únicamente la correcta determinación de su destino, sino que ella implica determinar la destinación final y controlar su correcta utilización. Al igual que ocurre con la desviación de poder que genera la anulación de un acto o de contrato, ella es determinada por el funcionario que lo profiere o lo celebra y ocurre en el momento de la expedición o de la suscripción. (...) Decretar la pérdida de investidura de un congresista porque no verificó adecuadamente si el funcionario cumplió el servicio que debía desarrollar, porque no estableció un mecanismo idóneo para hacerlo, porque no debió confiar en los informes verbales de los funcionarios delegados para cumplir esta función, o porque se estima que las funciones desarrolladas por el servidor no guardan conexión con el servicio, implica adoptar una decisión que viola gravemente principio de legalidad de las sanciones. Estas actividades no corresponden a la destinación de los dineros públicos. Corresponden a la utilización del dinero público. (...) No puede configurarse la destinación indebida de recursos públicos por no controlar si un funcionario de la UTL cumplió su trabajo. Esa conducta no se tipificó como causal de pérdida de investidura, ni se dijo cuándo o de qué manera podría incurrirse en ella y no existen tampoco disposiciones que señalen cómo debe cumplir el congresista esta función y cuáles son las actividades o verificaciones que debe hacer para poder certificar el cumplimiento de las labores. Tampoco se indicó que un congresista incurriría en pérdida de investidura cuando la tarea que cumple un funcionario de la UTL no se vea reflejada en su trabajo legislativo o cuando el congresista certifique el cumplimiento sin verificarlo previamente”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de interpretación restrictiva en el proceso de pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / ORDENACIÓN DEL GASTO

Problema jurídico 4: *¿La certificación del cumplimiento de las funciones de un miembro de su UTL por parte del congresista demandado configura presupuesto objetivo de la imputación de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos?*

Tesis: “La consideración acerca de que el dinero con el que se remunera al funcionario que no ha cumplido es propiciada por el Congresista, en la medida en que si este no hubiese certificado el cumplimiento eficiente de las labores no se le habría pagado tal remuneración, parte de considerar que tal certificación es un requisito necesario para que se realice el pago. Pero, en realidad, el artículo 388 de la ley 5 de 1992 no establece tal condición; dicha norma sólo dispone que “la certificación de cumplimiento de labores de los empleados y/o contratistas de la Unidad de Trabajo Legislativo, será expedida por el respectivo Congresista”. (...) El artículo 388 de la ley 5 de 1992 no se refiere a certificar la asistencia a laborar de los miembros de la UTL, sino al cumplimiento de sus labores, lo que con más razón implica que el funcionario no puede ser privado de su salario por la ausencia de tal certificación. Y aunque la Directora Administrativa de la Cámara de Representantes indicó que “esta es la prueba idónea de la que habla el artículo 388 para proceder al pago”, este presupuesto no puede inferirse de su testimonio, sino que debe fundarse en el análisis de la disposición legal que establece esta función”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el derecho al pago oportuno del salario, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-995 de 1999.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CULPA GRAVE / DEMOSTRACIÓN DE LA CULPA GRAVE / PRUEBA DE LA CULPA GRAVE

Problema jurídico 5: *¿Quedó demostrado el elemento subjetivo de la imputación de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos por parte del congresista demandado en un grado de culpa grave?*

Tesis: “Lo primero que se advierte es que no podía darse por probado el elemento subjetivo exigiendo simplemente la configuración de la “culpa”, sino que era necesario determinar si el Congresista incurrió en “culpa grave”, así la conducta por la cual es juzgado hubiese ocurrido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 2003 de 2019, en la medida en que, tratándose de un proceso sancionatorio, aplica la ley favorable así sea posterior a los hechos. (...) [T]eniendo en cuenta que el requisito legal de la culpabilidad debe demostrarse en relación con la conducta prevista como causal de pérdida de investidura, se concluye que las pruebas obrantes en el expediente no acreditan que el Congresista hubiese desplegado de manera consciente y voluntaria una conducta dirigida a destinar indebidamente dineros públicos. Como quedó dicho antes, para acreditar la primera imputación de la demanda era necesario acreditar el Congresista postuló al funcionario de la UTL solo con el fin de pagar un favor político y exigiéndole compartir el salario. Esa imputación no se dio por demostrada en el fallo de primera instancia, y en la medida en que el demandante no apeló, el análisis de las pruebas relativas a esta imputación no se hace en este fallo. (...) En el presente caso está probado que el Representante estableció un esquema para verificar el cumplimiento de las funciones de los miembros de la UTL, y las consideraciones que puedan hacerse sobre la idoneidad de dicho sistema no pueden fundamentar la culpabilidad del Congresista porque no prueban que haya desarrollado consciente o voluntariamente una conducta dirigida a “propiciar” que se “utilicen” indebidamente los recursos públicos por un tercero. Deducir la culpabilidad de la falta de idoneidad del control adoptado por el Congresista desconocería la naturaleza subjetiva asignada por la ley al juicio de responsabilidad para decretar la pérdida de investidura”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de favorabilidad en los procesos sancionatorios, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 4 de febrero de 2021, rad. 68001-23-33-000-2020-00089-01(PI). C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés y Corte Constitucional, SU-516 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Sobre el juicio de culpabilidad en el marco de la pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional, SU-474 de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CARGA DE LA PRUEBA / PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

Problema jurídico 6: ¿La sentencia recurrida en apelación incurrió en una valoración de pruebas no decretadas previamente y le asignó al congresista demandado la carga de desvirtuar la imputación de la causal de pérdida de investidura?

Tesis: “La afirmación según la cual las labores realizadas por el señor Mena en su condición de funcionario de la UTL no tenían relación la labor legislativa del Congresista no fue hecha por el Demandante en su demanda, razón por la cual el Demandado no tuvo ocasión de pronunciarse sobre ella; y las pruebas en las que se sustentó tal imputación no fueron debidamente recaudadas en el curso del proceso, razón por la cual no tuvo el derecho a contradecirlas. (...) En relación con los documentos que se incorporan como medio de prueba en el expediente, las partes no solo pueden controvertir su autenticidad, sino su veracidad y el alcance de su contenido: y eso solo pueden hacerlo cuando la prueba ha sido solicitada y decretada legalmente en el proceso. Solo en esta medida tienen la oportunidad de solicitar otros medios de prueba con el objeto de contraprobar lo que se pretende demostrar con los medios solicitados por la contraparte, y tienen la posibilidad de pronunciarse en sus alegaciones sobre el resultado de la prueba practicada y sobre la valoración que, en su concepto, debe dársele al material probatorio recaudado en el proceso”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 10 de mayo de 2022; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2019-00771-01\(PI\)](#)

Aclaración de voto del consejero William Hernández Gómez

ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / ILICITUD SUSTANCIAL / CULPABILIDAD / ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA / PRUEBA DE OFICIO

Problema jurídico: ¿En la sentencia que resolvió el proceso de pérdida de investidura de la referencia debieron abordarse los temas de ilicitud sustancial, culpabilidad, el delito de peculado por apropiación indebida y la procedencia de las pruebas de oficio?

Tesis: “[S]i bien se comparte el sentido de la decisión de revocar la sentencia de primera instancia que declaró la pérdida de investidura del congresista Hernán Gustavo Estupiñán Calvache, no comparto, en su totalidad, la argumentación que fue expuesta para arribar a la conclusión (...). (...) [S]e considera que no es procedente pronunciarse sobre la ilicitud sustancial ni la culpabilidad, cuando se ha concluido que la conducta es atípica. En mi opinión, las categorías dogmáticas de ilicitud sustancial y culpabilidad solo pueden ser estudiadas después de agotar y superar el estudio de la tipicidad, pues no tendría ningún sustento estudiar la antijuridicidad de una conducta o si esta se cometió con dolo o culpa, cuando ni siquiera esta se enmarca en un hecho tipificado como falta disciplinaria. (...) [S]e estima que las remisiones que hace el proyecto al peculado por apropiación indebida (...) son innecesarias en atención a la dogmática disciplinaria propia que se ha construido en relación con la pérdida de investidura por parte de la Sala Plena de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...) [N]o comparto la afirmación según la cual, el juez no puede valorar información diferente a las resoluciones, circulares y conceptos que estén en las páginas web de entidades públicas. En efecto, considero que es viable que el juez revise documentación que se encuentra en las páginas web de las entidades públicas, sin que ello vulnere ningún derecho. (...) [E]stimo innecesario que la ponencia haga mención a la procedencia o no de las pruebas de oficio en materia de pérdida de investidura (...) como quiera que: i) no es un tema objeto de debate en el presente proceso y ii) la Sala Plena del Consejo de Estado ha decretado pruebas de oficio en procesos de pérdida de investidura, incluso en uno del que fui ponente”.

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico: ¿Resultaba necesario abordar el elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura invocada cuando se desestimó la configuración del elemento objetivo?

Tesis: “Si bien compartí la mencionada decisión, debo señalar que anteriormente, con ocasión del trámite de procesos de pérdida de investidura en los que se ha invocado la causal consistente en la indebida destinación de dineros públicos, compartí el alcance dado por la Sala a la citada causal, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en sede de tutela ha considerado que se trataba de un entendimiento razonable sobre la configuración de la causal en comento. (...) No obstante lo anterior, tras el nutrido debate suscitado en la Sala frente al asunto de la referencia, considero que es del caso reevaluar dicho criterio, para atender rigurosamente a la tipicidad de la causal, lo que repercute directamente en la garantía del principio de legalidad, de manera que la configuración de la causal atienda expresamente a demostración fehaciente de los elementos señalados por el legislador (...). Consecuencia obligada de lo anterior, es que, si al analizar el caso concreto no se acredita la configuración del elemento objetivo de la causal, no es pertinente abordar el estudio del elemento subjetivo y se debe denegar la solicitud de pérdida de investidura”.

Aclaración de voto del consejero Jose Roberto Sáchica Méndez

ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico: *¿Resultaba necesario abordar el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura invocada cuando se desestimó la configuración del elemento subjetivo?*

Tesis: “[E]n la medida que la Sala desestimó la configuración del elemento subjetivo, tal conclusión probatoria era suficiente para negar las pretensiones incoadas sin necesidad de avocar el estudio del elemento objetivo como finalmente se terminó haciendo, abordando una pluralidad de aspectos sobre los cuales guardo reserva y prudencia en cuanto pueden implicar un acelerado cambio de la dogmática conceptual en la materia, asuntos que, repito, estimo que no solo eran innecesarios para la solución del caso, sino que, además, se asoman el riesgo de ser interpretados como una ruptura a variados elementos que la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han construido en la materia”.

Aclaración de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿La parte motiva de la sentencia que resolvió en segunda instancia el proceso de pérdida de investidura bajo estudio vacía de contenido, alcance y aplicabilidad la causal de pérdida de investidura consistente en la indebida destinación de dineros públicos?*

Tesis: “Comparto la decisión contenida en la parte resolutive de la sentencia del 10 de mayo del año en curso en tanto estimó no acreditados los elementos objetivo y subjetivo de la causal de desinvestidura invocada con la demanda, ya que en la decisión de primera instancia se valoraron pruebas no decretadas y frente a las cuales no se surtió el principio de contradicción; sin embargo, me aparto por completo de los fundamentos teóricos desarrollados en la providencia, pues, la tesis principal de la decisión indebidamente vacía por completo de contenido, alcance y aplicabilidad la causal de pérdida de investidura consistente en la indebida destinación de dineros públicos y, en consecuencia, torna inane el medio de control de pérdida de investidura para este tipo de supuestos. La tesis consignada en la parte motiva de la sentencia -la cual en este preciso caso no tiene fuerza vinculante por no haber obtenido los votos necesarios para ser aprobada y constituir precedente vinculante- es que no debe confundirse la “finalidad” de la institución de la pérdida de investidura con el “propósito” del proceso judicial, de allí que debe prevalecer, aparentemente, la garantía de estricta legalidad del demandado en un proceso sancionatorio como es el de pérdida de investidura, por encima del juicio ético político, y que en ese sentido una cosa es “indebida destinación de dineros públicos” y, otra, esto es, distinta, “uso indebido de dineros públicos”. (...) El criterio teórico del proyecto desconoce la fuerza normativa directa del texto constitucional y hace depender la aplicabilidad de las causales de pérdida de investidura de un desarrollo legislativo que no existe lo cual resulta a todas luces errado puesto que, si el Congreso decide abstenerse de desarrollar las causales de desinvestidura el medio de control se tornaría inane y el propósito del constituyente quedaría limitado en virtud de una interpretación contraria a la Constitución Política en sí misma (...). [L]a tesis invocada para

apoyar la decisión adoptada en la sentencia y frente a la cual aclaro mi voto, le resta por completo, indebida e injustificadamente, eficacia normativa a la causal de indebida destinación de dineros públicos por lo cual contraviene la seguridad jurídica, el principio del efecto útil de las normas y, más grave aún, cercena la efectividad de un medio jurisdiccional que procura el control sobre el ejercicio del poder político en términos éticos y responsables. En síntesis, esta aclaración de voto tiene como propósito advertir la inconsistencia e inconveniencia de la tesis incorporada en la decisión del 10 de mayo del año en curso, motivo por el cual debo reiterar que se trata de una postura minoritaria y aislada en el interior de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y, por ende, que no tiene el alcance ni la capacidad de modificar la jurisprudencia pacífica de esta Corporación y de la Corte Constitucional en relación con el real contenido y aplicación de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos consagrada en el numeral 4 del artículo 183 constitucional”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos y su concepto, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-073 de 2020 y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de noviembre de 2016, exp. 11001-03-15-000-2015-02938-00, MP Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia del 28 de marzo de 2017, exp. 11001-03-15-000-2015-00111-00, MP Rafael Francisco Suárez Vargas; sentencia del 6 de mayo de 2014, exp. 11001-03-15-000-2013-00865-00, MP Enrique Gil Botero.

Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿Las consideraciones expuestas en la sentencia de 28 de septiembre de 2021, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el proceso de radicado 11001-03-15-000-2020-00517-01, resultaban aplicables al caso bajo estudio?*

Tesis: “[E]n la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022, manifiesto que, aunque la comparto, aclaro mi voto remitiéndome a las consideraciones expuestas en la sentencia de 28 de septiembre de 2021, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos prevista en el numeral 4.º del artículo 183 de la Constitución Política”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos y su concepto, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 28 de septiembre de 2021, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, número único de radicación 110010315000202000517-01.

Salvamento de voto de la consejera Nubia Margoth Peña Garzón

SALVAMENTO DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿La sentencia objeto del recurso de apelación bajo estudio debió confirmarse por haberse acreditado la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos respecto del congresista demandado?*

Tesis: “[A] mi juicio, las diferenciaciones que hace el fallo frente a la “destinar indebidamente” dineros públicos y a “utilizarlos indebidamente”, para explicar que la causal no se configura por esta última acción, representa una interpretación sustentada en una distinción semántica que además de apartarse sin justificación del precedente judicial, también descarta la valoración del material probatorio que se aportó y decretó en el curso de la solicitud. En efecto, esta postura llevó a restringir el análisis probatorio de los documentos y testimonios que se acompañaron y decretaron en la solicitud, puesto que les restó el alcance probatorio otorgado en el fallo de primera instancia, material que se controvertió y valoró y que dio por acreditada la causal, y a la que se opuso el apelante, análisis al que ha debido circunscribirse el fallo de segunda instancia, pero de ningún modo a controvertir la conducta que configuró la causal. (...) Esta conclusión, en la que se fundó el fallo, resulta contraria a la posición de esta Corporación, al imponer un límite temporal y una característica predicable de la voluntad manifestada del Congresista, que no es coherente con el objeto y los fines de la solicitud de pérdida de investidura”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo De Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 10 de agosto de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-04001-01(PI). C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

SALVAMENTO DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico: *¿La sentencia objeto del recurso de apelación bajo estudio debió confirmarse por haberse acreditado la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos respecto del congresista demandado?*

Tesis: “[C]onsidero que en el caso concreto sí se demostraron los elementos -objetivo y subjetivo- que permitían tener por estructurada la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos. El elemento objetivo de la causal se acreditó porque se demostró que se destinaron indebidamente dineros públicos por parte del congresista accionado. Y ello es así, porque el congresista certificó el cumplimiento de labores que no se desarrollaron; actuación determinante para el pago de emolumentos a un miembro de su UTL que, se insiste, no realizó dichas labores. (...) Por su parte, el elemento subjetivo de la causal sí se demostró. No puede perderse de vista que durante el mes de marzo de 2018 el señor Mena Quiñones solo realizó una reunión -a inicios del mes- lo que impedía calificar el cumplimiento de las funciones como “eficiente” tal como lo hizo el congresista accionado; ineficiencia que era de su conocimiento por el informe que le rendían las personas con las que se comunicaba periódicamente. Por ello, bien puede hablarse de culpa grave, como lo hizo la sentencia de primera instancia. Y, durante los meses de abril y mayo de 2018 las certificaciones de cumplimiento de funciones se extendieron sin que el señor Mena Quiñones realizara funciones. En esa medida, bien puede hablarse de dolo, como lo hizo el juez de primera instancia”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 28 de marzo de 2017, radicado: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI) y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P.: Gabriel Valbuena Hernández, sentencia del 10 de agosto de 2021, radicado: 11001-03-15-000-2020-04001-01.

Salvamento de voto de los consejeros Luis Alberto Álvarez Parra y Julio Roberto Piza Rodríguez

SALVAMENTO DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico 1: *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditaron los elementos objetivo y subjetivo de la causal de indebida destinación de dineros públicos y, en consecuencia, la sentencia apelada debió ser confirmada?*

Tesis: “En el caso concreto, la valoración conjunta de los elementos de juicio, bajo el principio de la libre apreciación permitían tener certeza: i) sobre los elementos objetivos que tipifican la causal de pérdida de investidura que invocó el solicitante con fundamento en el artículo 183.4 superior y ii) sobre el componente subjetivo en este juicio de responsabilidad, supuestos necesarios para declarar la desinvestidura del congresista accionado por indebida destinación de dineros públicos, en cuanto propició con su conducta, una destinación distinta al objeto para el cual fueron consagrados al autorizar el pago de salarios por servicios que no fueron prestados al Congreso de la República, razón suficiente para confirmar la sentencia apelada. (...) [E]n nuestro criterio, no hay duda que en el presente caso se configura la causal de indebida destinación de dineros públicos, de forma indirecta, la cual se estructura cuando el parlamentario autoriza el pago de salarios por un trabajo no realizado o que ejecutado no guarda relación con el ejercicio de las funciones constitucionales atribuidas a los congresistas. (...) Por otra parte, la valoración del elemento subjetivo de la conducta del representante, que en criterio del a quo, se atribuyó a título de culpa grave frente a la conducta de haber expedido la certificación del ejercicio de funciones de Jahir Mena

correspondiente al mes de marzo de 2018, y dolo frente a la misma conducta, pero en relación con los meses de abril y mayo siguientes, es razonable de acuerdo con lo probado en el proceso. (...) [R]eiteramos que, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada de esta corporación, la imputación por la cual la Sala Especial de Decisión No. 27 decretó la pérdida de investidura del congresista Hernán Gustavo Estupiñán Calvache está plenamente acreditada tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, esto es, con plena sujeción a los principios de legalidad y culpabilidad, por lo que se imponía la confirmación del fallo recurrido”.

Problema jurídico 2: *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditaron los elementos objetivo y subjetivo de la causal de indebida destinación de dineros públicos y, en consecuencia, la sentencia apelada debió ser confirmada?*

Tesis: “[N]os apartamos de los motivos expresados por la Sala mayoritaria en lo relacionado con el alcance interpretativo de la causal de pérdida de investidura, pues a nuestro juicio, la tesis planteada se aleja notoriamente de la postura consolidada de la jurisprudencia de esta corporación sobre el alcance de la causal por “indebida destinación de dineros públicos” prevista en el artículo 184 numeral 4º de la Constitución Política y el artículo 296.4 de la Ley 5ª de 1992. En efecto, desde hace más de una década, la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que las normas constitucionales y legales no establecen el alcance y la naturaleza de esta causal de pérdida de investidura, razón por la cual, el juez en su labor hermenéutica, sin acudir a interpretaciones extensivas o a la analogía, ha precisado, bajo un análisis gramatical, los elementos constitutivos de dicha causal. (...) El elemento tipificador de la causal de pérdida de investidura en referencia, está en el hecho de que el congresista, en su condición de servidor público (art. 123 de la Constitución) con su conducta funcional, al ejercer las competencias de las que ha sido revestido, traiciona, cambia o distorsiona los fines y cometidos estatales preestablecidos en la Constitución, la ley o el reglamento, para: i) destinar los dineros públicos a objetos, actividades o propósitos no autorizados, o a otros sí autorizados pero diferentes a aquellos para los cuales se encuentran asignados, o ii) cuando aplica tales recursos a materias expresamente prohibidas, no necesarias o injustificadas, o iii) cuando la finalidad es obtener un incremento patrimonial personal o de terceros, o iv) cuando pretende derivar un beneficio no necesariamente económico en su favor o de terceras personas. (...) En el presente caso, la tesis mayoritaria se distancia, sin hacerlo explícito, del alcance normativo que ha dado el Consejo de Estado a los elementos que incorpora el artículo 183.4 de la Constitución Política y fija reglas interpretativas que contrarían la postura unificada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que, por demás, limitan la eficacia de la causal al decir que “la indebida destinación por designación de funcionarios sólo podría darse cuando se prueba que el congresista postuló a alguien para que cumpliera un fin legalmente prohibido”, pues, existen otras conductas que la jurisprudencia, incluso recogiendo la voluntad del constituyente, ha desarrollado bajo la denominación de causales directas e indirectas de indebida destinación de dineros públicos. Así las cosas, esta hipótesis no solo vacía de contenido la causal, sino que resulta de difícil ocurrencia”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura del congresista de indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de agosto de 2001, radicación Número: AC- 12546. M.P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 30 de mayo de 2000. Radicación número AC-9877. M.P. German Rodríguez Villamizar; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 19 de octubre de 1994. Radicación número: AC-2102. M.P. Juan de Dios Montes Hernández; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de julio de 2003. Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00278-01. M.P. Tarsicio Cáceres Toro; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 1 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-15-000-2004-01673-00 (PI) M.P. Tarsicio Cáceres Toro; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 5 de septiembre del 2000. Radicación: AC-10753. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 20 de septiembre de 2011. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01357-00(PI). M.P. Ruth Stella Correa Palacio; Consejo De Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de marzo de 2017. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI), M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas y Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 10 de agosto de 2021. Radicación número 11001-03-15-000-2020-04001-01. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

Salvamento de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

SALVAMENTO DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿La sentencia objeto del recurso de apelación bajo estudio debió confirmarse por haberse acreditado la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos respecto del congresista demandado?*

Tesis: “Disentí respetuosamente de la decisión de revocar la sentencia de primera instancia porque: (i) Esa decisión, en lo que atañe al caso particular, debió seguir los lineamientos que de antaño ha trazado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en relación con el entendimiento de la causal de pérdida de investidura, por indebida destinación de recursos públicos; entendimiento que viene acorde con la teleología que orientó al constituyente de 1991 al momento de su prescripción, y que ha sido acogido por la jurisprudencia constitucional. (ii) Aunque puedo entender que la mayor parte de los votos que decidieron la aprobación del proyecto estuvieron determinados por el análisis de las pruebas en línea con la jurisprudencia mayoritaria precedente, un análisis del que también me aparto, considero que con esta decisión queda maltrecha esa jurisprudencia, lamentablemente, sin que esa suerte haya estado precedida de un debate que la legitime”.

Salvamento de voto del consejero Gabriel Valbuena Hernández

SALVAMENTO DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / ACTUACIÓN DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

Problema jurídico: *¿La sentencia objeto del recurso de apelación bajo estudio se ocupó de asuntos que no hacían parte de la alzada y se apartó del precedente de la Corporación sobre la interpretación de la causal de "indebida destinación de dineros públicos"?*

Tesis: “Según mi punto de vista, la sentencia de segunda instancia dictada en este proceso de pérdida de investidura, formula algunas consideraciones y se ocupa de ciertos asuntos que no fueron planteados por el apelante, tal como se pone de relieve en los párrafos subsiguientes, siendo esa una de las razones de mi disenso. (...) [C]onsidero que la decisión adoptada no ha debido ocuparse de muchos tópicos, empezando por la reformulación que pretende hacer de la línea jurisprudencial que desde hace más de veinte años ha venido reiterando la Sala Plena del Consejo de Estado con respecto al sentido y alcances del artículo 183 numeral 4º de nuestro estatuto fundamental, más aún cuando ello no se desprende de lo planteado por el recurrente. En efecto, las decisiones consignadas en la sentencia apelada, tienen como pilastra estructural una nueva lectura del precepto constitucional antes mencionado, que viene a reevaluar la construcción hermenéutica que de manera juiciosa, razonable y ponderada ha venido haciendo la Sala Plena y que, en no pocos casos ha permitido privar de la investidura a varios congresistas que con sus acciones, omisiones y extralimitaciones han ocasionado o propiciado en forma directa o indirecta la indebida destinación de los dineros públicos, traicionando con su proceder el espíritu del constituyente de 1991. (...) Los numerales 4º y 5º del mismo artículo 183, a su turno, fueron concebidos a partir de unos conceptos jurídicos indeterminados, que en principio no parecen suficientes para identificar las infracciones que dan lugar a sanción. En efecto, las expresiones “indebida destinación de dineros públicos” y “tráfico de influencias”, por razón de su vaguedad, no describen en realidad ningún comportamiento concreto, por tratarse de descripciones abiertas, que a pesar de su alto grado de generalidad, bien pueden determinarse de manera razonable a partir de los principios y valores constitucionales y de la lectura sistemática de las demás disposiciones de la Carta Política. En ese orden de ideas, las disposiciones constitucionales mencionadas en el párrafo precedente, deben recibir una interpretación más amplia y liberal que las cláusulas de una ley ordinaria, pues es claro que los preceptos de la Constitución no son fórmulas matemáticas estáticas que tienen su esencia en la forma, sino que son instituciones orgánicas vivientes. Su significado es vital, no formal, y debe ser determinado teniendo en cuenta su origen y su desenvolvimiento y no simplemente tomando el significado de sus palabras de un diccionario. Debe interpretarse de modo que lleve a la práctica los grandes principios y propósitos consignados en la Carta Política en vez de contrariarlos o desconocerlos. (...) En lo que concierne al caso concreto, considero que en este caso se daban todos los elementos para tener por configurada la causal, con lo cual se imponía confirmar la sentencia de primera instancia, tal como se propuso en la ponencia que precedió a la presente sentencia, texto al cual me remito”.

Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cueter

SALVAMENTO DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿La sentencia objeto del recurso de apelación bajo estudio debió confirmarse por haberse acreditado la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos respecto del congresista demandado?*

Tesis: “Estimo que se debió confirmar la sentencia apelada, toda vez que están acreditados los fundamentos fácticos y jurídicos para ello, como lo evidenció y concluyó el a quo. (...) A mi juicio, se comprobó la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos, al certificar el congresista el cumplimiento de funciones de un empleado de la unidad de trabajo legislativo (UTL) a su cargo, a sabiendas de que no era así. (...) Se demostró el elemento subjetivo de la conducta, puesto que, como se concluyó en la primera instancia, para el primer mes de vinculación laboral del empleado (marzo de 2018), el congresista certificó, en forma negligente, a título de culpa grave, que el señor Jahir Mena Quiñones cumplió las funciones asignadas de manera «eficiente», cuando lo que se evidenció fue que solo logró llevar a cabo una reunión y no se constató que hubiera adelantado alguna otra actividad oficial. (...) [E]l señor Estupiñán Calvache propició el pago de salarios sin la prestación del servicio por parte del empleado a su cargo. Por consiguiente, se configura la causal de indebida destinación de dineros públicos, de manera indirecta, que se estructura cuando el parlamentario autoriza el pago de los emolumentos por trabajo no realizado o el desarrollado no guarda ninguna relación con el ejercicio de las funciones constitucionales atribuidas a los congresistas. (...) [L]as normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético; por consiguiente, la Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solo está comprometido a no delinquir, sino también a observar una conducta especialmente pulcra y delicada. No es para menos. El comportamiento integérrimo que se espera de un congresista, cuya misión sillar es la de regular la conducta colectiva o de la sociedad a través de normas abstractas e impersonales, o si se prefiere, limita la libertad de las personas, así lo impone, aún en tiempos de crisis”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 20 de septiembre de 2011, radicación 11001-03-15-000-2010-01357-00 (PI), C. P. Ruth Stella Correa Palacio y del 28 de marzo de 2017, expediente 11001-03-15-000-2015-00111-00(PI); C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sobre la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional, sentencias C-247 de 1995, SU-515 de 2013 y SU-516 de 2019.

Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

SALVAMENTO DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿En el presente proceso debió declararse la desinvestidura del representante por cuanto existió una indebida destinación de los dineros públicos?*

Tesis: “Luego de analizar con detenimiento el manejo de la evidencia obrante en el expediente, confirmo mi posición de acompañar el proyecto que declaraba la desinvestidura del Representante en este caso. En mi sentir, había evidencia suficiente para declarar que había existido una indebida destinación de los dineros públicos. No puedo dejar de recordar que, de hecho, en el expediente obraba una grabación del propio funcionario que así lo acreditaba. (...) [N]o quiere decir que apoyo o justifico que se hagan interpretaciones extensivas de normas que establecen tipos, o que considero que deben hacerse interpretaciones extensivas o analógicas en materia sancionatoria, en lo absoluto. Pese a lo anterior, la interpretación restrictiva de la Ley y la Constitución implica escoger la lectura en la cual se encuadren el menor número de situaciones posibles, pero no una en la cual se deje el tipo desprovisto de contenido. Finalmente, debo agregar que comparto con la decisión aprobada que no era posible valorar pruebas documentales que no fueron incorporadas al expediente y en relación con las cuales no se permitió el ejercicio de las garantías derivadas del debido proceso. No obstante, este era un asunto evaluado a profundidad en el proyecto inicial que apoyé e incluso sin esos elementos era posible declarar la pérdida de investidura del Congresista demandado”.

Salvamento de voto del consejero Pedro Pablo Vanegas Gil

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA

DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿La sentencia objeto del recurso de apelación bajo estudio debió confirmarse por haberse acreditado la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos respecto del congresista demandado?*

Tesis: “Para este Despacho, lo expresado en la sentencia en mención puede llevar a hacer inaplicable la causal de pérdida de investidura del artículo 183, ordinal 4, superior, en la medida en que bastaría con que se afirme que el congresista demandado asignó funciones a un funcionario o funcionaria de su UTL en el momento en que inició su desempeño funcional para eximirlo de responsabilidad, toda vez que, a la luz de lo señalado en la providencia, no debe verificar de manera alguna que tales funciones se estuviesen cumpliendo durante su permanencia en el cargo y, aún más, podía certificar que estas se estaban ejecutando debidamente, sin que ello constituya una indebida destinación de los dineros públicos destinados al pago del salario y demás emolumentos del referido servidor o servidora pública. (...) [P]ara este Despacho es claro que en el caso bajo examen debía confirmarse el decreto de la sanción de pérdida de investidura contra el congresista demandado, toda vez que de las pruebas aportadas en el proceso se advierte que la omisión en la aplicación de controles efectivos que permitieran advertir si los funcionarios y funcionarias integrantes de su UTL se encontraban ejecutando efectiva y adecuadamente las funciones asignadas a sus cargos, derivó en la expedición de certificaciones que, falsamente, daban cuenta del cumplimiento de las mismas por parte de Jahir Mena, lo que derivó en el pago injustificado de salarios y otros emolumentos sufragados con recursos públicos en su favor, sin que existiera como contraprestación un aporte al desarrollo de las funciones del Congreso de la República y, en concreto, al cumplimiento de las labores que, como representante a la Cámara, correspondían al señor Estupiñán Calvache”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de octubre de 2020. Rad. 11001-03-15-000-2020-00517-00(PI).

Salvamento de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / CONCEPTO DE INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS

Problema jurídico: *¿La sentencia objeto del recurso de apelación bajo estudio debió confirmarse por haberse acreditado la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos respecto del congresista demandado?*

Tesis: “Mi disenso se relaciona tanto con las consideraciones generales que se incluyeron en el fallo respecto de la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de recursos públicos (artículo 183.4 de la Constitución Política) —en particular, en aquellos eventos en los que se trata del nombramiento de miembros de UTL sin asignación de función alguna, conocidos comúnmente como corbatas—, como con la conclusión a la que se llegó en el caso concreto. De fondo, la razón fundamental de mi desacuerdo es la inclusión en esa providencia de argumentos que contrarían la tesis que, de manera pacífica, ha defendido el Consejo de Estado respecto del alcance de la causal en esos eventos, a pesar de que modificar esa línea jurisprudencial o modificar la interpretación hogaño imperante no fue el querer ni expreso ni implícito de la Sala Plena, que, sin embargo, terminó por acoger mayoritariamente la ponencia en cuanto a la decisión del caso concreto y no por compartir las consideraciones en ella planteadas, pues las razones de los votos y de las aclaraciones manifestadas en Sala dan cuenta de la multiplicidad de razones por las cuales un grupo mayoritario de Consejeros acompañó la sentencia pero que no todas ellas lo hicieron por compartir la reinterpretación de la causal que se establece a la postre en el fallo. (...) [A]demás, a mi juicio, una valoración conjunta de los elementos probatorios del caso permitía concluir, como lo hizo el juez de primera instancia, que en este proceso se logró demostrar que el nombramiento del señor Mena Quiñones, miembro de la UTL del congresista Calvache Estupiñán, correspondió en estricto sentido a la desafortunada práctica de las corbatas burocráticas, estando entonces estructurados los elementos propios de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de recursos”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 22 de noviembre de 2016 (radicación 11001-03-15-000-2015-02938-00), de 28 de marzo de 2017 (radicación 11001-03-15-000-2015-00111-00) y de 28 de

septiembre de 2021 (radicación 11001-03-15-000-2020-00517-00) y Corte Constitucional, sentencias C-091 de 2017 y C-442 de 2011.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 10 de mayo de 2022; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2019-00771-01\(PI\)](#)

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. La causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 2° del artículo 183 de la Constitución Política se configura únicamente cuando se acredita la inasistencia injustificada en un mismo período a 6 o más sesiones plenarias donde se hayan votado actos legislativos, proyectos de ley o mociones de censura.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del congresista Cristóbal Rodríguez Hernández, un grupo de ciudadanos solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por la presunta inasistencia injustificada a más de seis sesiones plenarias en un mismo período.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA POR INASISTENCIA A REUNIÓN DE PLENARIA / ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA POR INASISTENCIA A REUNIÓN DE PLENARIA / FINALIDAD DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA POR INASISTENCIA A REUNIÓN DE PLENARIA / MARCO CONSTITUCIONAL PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA POR INASISTENCIA A REUNIÓN DE PLENARIA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico: ¿El señor Cristóbal Rodríguez Hernández, en su condición de Representante a la Cámara por el departamento de Boyacá, dejó de asistir, sin justificación alguna, a seis (6) sesiones plenarias durante el período legislativo comprendido entre el 20 de julio y el 16 de diciembre de 2014; el 16 de marzo y el 20 de junio de 2015; el 20 de julio y el 16 de diciembre de 2016; el 20 de julio y el 16 de diciembre de 2017 y entre el 16 de marzo y el 20 de junio de 2018, sesiones en las que se votaron proyectos de ley y/o de actos legislativos, que en los términos del numeral 2° del artículo 183 de la Constitución Política, configurarían la pérdida de su investidura?

Tesis: “El artículo 183.2 de la Constitución Política, sanciona la inasistencia a las sesiones del congreso, en la medida que asistir a las mismas constituye un deber derivado de la función que asume quien es elegido congresista y toma posesión de la curul. El parlamentario pierde su investidura cuando con su conducta omisiva afecta el cumplimiento de las competencias propias del órgano legislativo, que a través de su presencia contribuye a la formación de la voluntad democrática traducida en la expedición de las leyes, actos reformativos de la constitución o mociones de censura. (...) En relación con las excusas que justifican las ausencias de los congresistas a las sesiones, el artículo 90 de la L.O.C, señala que, además del caso fortuito y la fuerza mayor, se aceptan las siguientes: i) la incapacidad física debidamente comprobada; ii) el cumplimiento de una comisión oficial fuera de la sede del Congreso; y iii) la autorización expresada por la Mesa Directiva o el presidente de la respectiva corporación, en los casos indicados en el mismo reglamento. En la citada norma se establece el procedimiento para el trámite administrativo de las excusas por inasistencia, las que, conforme al parágrafo del artículo 90 e jusdem, se deben enviar a la Comisión de Acreditación Documental de la respectiva Cámara, cuyo dictamen será presentado a la Mesa

Directiva “la cual adoptará la decisión final, de conformidad con la Constitución y la ley”. (...) [E]l propósito del Constituyente al establecer esta causal, fue el de erradicar el ausentismo parlamentario, a través del castigo por el incumplimiento del deber constitucional que tienen los congresistas, de acuerdo con el artículo 114 superior de: i) reformar la Constitución, ii) hacer las leyes y iii) ejercer control político sobre el gobierno y la administración. Estas funciones constitucionalmente atribuidas a los congresistas, a su vez, se encuentran previstas en el artículo 6° de la L.O.C. Es importante recordar, que la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las Salas Especiales de Decisión del Consejo de Estado, ha reiterado que son varios los elementos que se requieren para que se configure la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 2° del artículo 183 superior, a saber: i) la inasistencia del congresista; ii) que el ausentismo ocurra en el mismo período de sesiones; iii) que las seis (6) sesiones a las que deje de asistir, sean de reuniones plenarias; iv) que en ellas se voten proyectos de ley, de acto legislativo o mociones de censura y, v) que la ausencia no esté justificada o no se hubiera producido por motivos de fuerza mayor. (...) [D]e acuerdo con el análisis y valoración conjunta de las pruebas (...), y teniendo en cuenta que ninguno de los documentos fue tachado de falso, para esta Sala Especial de Decisión, es claro que el ex congresista Cristóbal Rodríguez Hernández, en su condición de Representante a la Cámara por el departamento de Boyacá, no incurrió en la causal de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 numeral 2° de la Constitución Política, consistente en la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se hubieran votado proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura. (...) [C]omoquiera que no se cumple con el presupuesto objetivo de la causal de pérdida de investidura por ausentismo parlamentario (artículo 183.2 C.P.), por cuanto el número de inasistencias del ex representante a la Cámara a las sesiones plenarias ordinarias en las que se votaron proyectos de ley y de acto legislativo en los períodos acusados por los accionantes, no es igual o superior a seis (6), en ninguno de ellos, se impone denegar la solicitud de pérdida de investidura presentada contra el señor Cristóbal Rodríguez Hernández, en su condición de Representante a la Cámara por el departamento de Boyacá, elegido para el período constitucional 2014-2018”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de pérdida de investidura de ausentismo parlamentario, ver: Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 19 de noviembre de 2019, radicación 11001-03-15-000-2018-02405-01. M.P. Rocío Araújo Oñate; Sentencia del 1 de agosto de 2017, Radicación 11001-03-15-000-2014-00529-00(PI). M.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia de 5 de febrero de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02035-01(PI). M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; sentencia de 27 de marzo de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02151-01(PI). M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; sentencia de 7 de mayo de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02332-01(PI). M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez; sentencia de 19 de noviembre de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02405-01 M.P. Rocío Araújo, Oñate; sentencia de 16 de marzo de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-04144-01 M.P. Oswaldo Giraldo López; sentencia de 21 de septiembre de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01602-02. M.P. Nubia Margoth Peña Garzón; Sala Primera Especial de Decisión. Sentencia de 4 de octubre de 2018. Radicación número: 11001-03-15-000- 2018-02151-00(PI) M.P. María Adriana Marín; Sala veintisiete Especial de Decisión. Sentencia de 21 de junio de 2018. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00781-00(PI) M.P. Rocío Araújo Oñate. Sala Cuarta Especial de Decisión. Sentencia de 11 de mayo de 2020. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01602-00 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión; sentencia del 19 de abril de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2019-01603-00\(PI\) acumulado con 11001-03-15-000-2019-03748-00](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA POR INASISTENCIA A REUNIÓN DE PLENARIA / EXCUSA DE LA AUSENCIA DEL CONGRESISTA / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

Problema jurídico: *¿En la sentencia que resolvió el proceso de pérdida de investidura bajo estudio, correspondía realizar el análisis de la validez de los permisos otorgados en su momento por parte del presidente de la Cámara de Representantes al congresista acusado?*

Tesis: “Si bien comparto que en este caso no se configuró la causal de pérdida de investidura, pues no se acreditó la inasistencia injustificada del acusado al menos a seis (6) sesiones plenarias ordinarias en las que se votaron proyectos de ley y de acto legislativo en los períodos señalados por los solicitantes, estimo que no se puede desconocer el hecho de que el congresista denunciado solicitó varios permisos que le fueron concedidos por el presidente de la Cámara de Representantes; sin embargo, la Sala los estimó como inválidos, por lo que, en su criterio, no justificaron su inasistencia a las correspondientes sesiones plenarias arriba mencionadas. Respetuosamente considero que, al margen de que se tratara de asuntos

personales, lo cierto es que se le concedieron los permisos, por lo que, en su momento, el congresista tuvo la confianza legítima de encontrarse autorizado para retirarse de la sesión plenaria y que con ello no incurría en la inasistencia que lo podría perjudicar para efectos de la configuración de la causal de pérdida de investidura contemplada en el artículo 183-2 de la Constitución Política. Por lo anterior, estimo que dicha valoración excede el objeto del medio de control de pérdida de investidura, en tanto se termina ejerciendo un control de legalidad de los actos administrativos verbales o escritos mediante los cuales el presidente de la Cámara autorizó el retiro de la plenaria del congresista aquí denunciado, aspecto que igualmente tiene incidencia en el elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura, ya que frente a esas sesiones no podría predicarse que actuó con dolo o culpa grave, pues, como se ha dicho, se retiró con la tranquilidad de haber sido autorizado en legal forma”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión; sentencia del 19 de abril de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-15-000-2019-01603-00\(PI\) acumulado con 11001-03-15-000-2019-03748-00](#)

2. La prueba recobrada como causal de revisión corresponde a un elemento probatorio nuevo, presentado por el recurrente, que pudiendo ser decisivo para el sentido de la decisión revisada, no fue tenido en cuenta por el fallador porque el interesado no pudo presentarlo oportunamente dentro del proceso, pues sólo fue recuperado luego de proferida la sentencia.

Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, los demandantes instauraron demanda en contra de la sentencia del 8 de febrero de 2018, mediante la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado resolvió la demanda de nulidad electoral interpuesta en contra del acto de elección de los Senadores de la República para el período 2014-2018 y que resolvió declarar la nulidad de la elección de los senadores Sofía Alejandra Gaviria Correa del Partido Liberal Colombiano; Teresita García Romero del Partido Opción Ciudadana y Honorio Miguel Henríquez Pinedo del Partido Centro Democrático.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSAL DE REVISIÓN POR DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / REQUISITOS DEL DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico: ¿En la sentencia proferida el 8 de febrero de 2018 por la Sección Quinta del Consejo de Estado, se incurrió en la causal de revisión prevista en el numeral 1 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concreto: si se encontró o recobró, después de dictada la sentencia, un documento decisivo, con el cual se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlo al proceso por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria?

Tesis: “[L]a Sala considera que no puede tenerse tales pruebas como “recobradas”, por la sencilla razón que en algunos de los departamentos y aún en el Distrito Capital no todas las tarjetas electorales existen, bien porque algunas se perdieron, o bien porque se destruyeron por alguna razón, como el caso del incendio que ocurrió en el hospital del municipio de Anorí - Antioquia; y en segundo lugar, la Sala no comparte el argumento del recurrente de considerar que dichas pruebas no se pudieron allegar al proceso de nulidad electoral por culpa de la parte contraria, pues no se advierte que el entonces Partido Opción Ciudadana hubiera solicitado allegar tales pruebas y el Movimiento MIRA, con un actuar intencional, haya logrado que los documentos no se pudieran aportar al proceso. (...) [L]a Sala encuentra desvirtuada la afirmación que efectúa el recurrente de que las tarjetas electorales de las elecciones del Senado de marzo de 2014, contentivas de los votos marcados como nulos por efecto de la “mancha espejo”, estaban en

custodia de las Delegaciones Departamentales de la Registraduría Nacional del Estado Civil y que deben tenerse como pruebas recobradas, pues ni para el proceso de nulidad electoral, ni para este momento se cuenta con la totalidad de los votos nulos en físico, como mal lo señala el recurrente. (...) [Q]ueda evidenciado que en el proceso de nulidad electoral se tenía pleno conocimiento de la pérdida y/o destrucción de documentos electorales, entre ellos, las tarjetas electorales, en múltiples mesas de votación; por lo tanto, el argumento del recurrente no revela una circunstancia novedosa en el debate, al punto de tenerse tales documentos como pruebas recobradas a considerar. (...) [E]l recurrente no puede subsanar su falencia o negligencia en las oportunidades probatorias de instancia, pues el recurso de revisión no es una instancia adicional en la que se pueda controvertir la actividad interpretativa del juez en la valoración probatoria y jurídica y determinar si esta se ajustó a derecho no. (...) La valoración de la prueba documental invocada por el recurrente, que no cumple con los requisitos de ser una prueba recobrada, implicaría hacer un análisis sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el Consejo de Estado en la sentencia recurrida, cuando para esta Sala no es procedente reabrir el debate jurídico y probatorio, con el fin de compararlo con el análisis efectuado por el juez de instancia, como lo demanda el recurrente, pues lo que permite romper la fuerza de cosa juzgada de un fallo es que se configure una de las causales que taxativamente consagra el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, condición que en este caso no se cumple, como ya se determinó. No prospera el cargo respecto de los documentos acá analizados.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causa de revisión contenida en el numeral 1° del artículo 250 del C.P.A.C.A., ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de febrero de 2013, Exp. 2008-00638 M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sala 15 Especial de Decisión, sentencia del 7 de mayo de 2019, Exp. 2017-03100-00. M.P. Dr. Hernando Sánchez Sánchez.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Segunda Especial de Decisión; sentencia del 10 de mayo de 2022; C.P. Cesar Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2019-00687-00\(REV\)](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSAL DE REVISIÓN POR DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / REQUISITOS DEL DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA

Problema jurídico: *¿En la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de revisión bajo estudio, para negar lo pretendido bastaba con indicar que no se acreditó que los documentos echados de menos no pudieron ser aportados en el proceso por fuerza, mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria?*

Tesis: “Comparto la decisión de negar la procedencia del recurso de revisión. No obstante, considero que bastaba indicar que el recurrente no demostró que los documentos invocados no pudieron ser aportados en el proceso por fuerza, mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Segunda Especial de Decisión; sentencia del 10 de mayo de 2022; C.P. Cesar Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2019-00687-00\(REV\)](#)

3
SECCIÓN
PRIMERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. No incurren en nulidad las resoluciones acusadas que negaron el registro de la marca cuestionada, “S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, por cuanto se evidenció que frente a la marca existente “SELEX” existe riesgo de asociación, debido a que el consumidor podría erróneamente pensar que los productos y servicios identificados con esas marcas son del mismo empresario.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra las resoluciones números 14115 de 22 de marzo de 2011, 26480 de 23 de mayo de 2011 y 34181 de 24 de junio de 2011, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante las cuales, respectivamente, i) se negó el registro de la marca mixta S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE, solicitada por la sociedad CMPC Maderas S.A., para identificar productos de la Clase 19 de la Clasificación Internacional de Niza, ii) se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del anterior acto, confirmándolo y, iii) se resolvió el recurso de apelación interpuesto, confirmando las anteriores decisiones.

COTEJO MARCARIO / REGLAS PARA EL COTEJO MARCARIO / MARCA MIXTA / MARCA NOMINATIVA / SIMILITUD ORTOGRÁFICA / SIMILITUD FONÉTICA / RIESGO DE CONFUSIÓN / SIGNO DE FANTASÍA / CONEXIÓN COMPETITIVA / RIESGO DE CONFUSIÓN INDIRECTO / IMPROCEDENCIA DEL REGISTRO DE LA MARCA

Problema jurídico: Establecer si son nulas las resoluciones administrativas que negaron el registro de la marca mixta S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE, solicitada por la sociedad CMPC Maderas S.A., para identificar productos de la Clase 19 de la Clasificación Internacional de Niza, tras concluir que el signo solicitado, al ser cotejado con la marca previamente registrada “SELEX”, cuenta con una estructura fonética y ortográfica similar, siendo efecto de la reproducción de la expresión “S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, en el signo solicitado hasta generar confusión. También por cuanto la marca solicitada para registro pretende distinguir productos relacionados competitivamente con los servicios distinguidos por la marca “SELEX”, previamente registrada, debido a que esta última comprende esencialmente los servicios prestados por empresarios o subcontratistas en el campo de la construcción.

Tesis: En cuanto a la similitud ortográfica, se observa que entre los términos “S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, de la marca que fue negada y “SELEX” de la marca previamente registrada, hay diferente extensión o longitud, siendo la primera de ellas una marca compuesta conformada por treinta y cuatro (34) letras, seis (6) palabras y una (1) letra, y la segunda que consta de cinco (5) letras y dos (2) sílabas. De igual manera, es necesario poner de relieve que, pese a la extensión del signo cuestionado, ambas marcas hacen énfasis en la palabra SELEX, lo cual puede llevar al público consumidor a entender que se trata de una misma y única marca, SELEX, mientras que las restantes palabras aluden a una referencia especial o un producto parcialmente diferente o mejorado pero con un origen común, el de provenir de un mismo fabricante. Así las cosas, entre el signo cuestionado, “S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, y la marca previamente registrada “SELEX”, la Sala advierte significativas similitudes, que pueden inducir a mayor grado de confusión, teniendo en cuenta que el signo cuestionado reproduce totalmente la expresión “SELEX”, contenida en la marca previamente registrada, en la cual se encuentra toda la fuerza distintiva de la expresión, como también que la única diferencia radica en la inclusión de las palabras “THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE” en el signo cuestionado, inclusión que pareciera simplemente accesorias, pues esas palabras no gozan de la suficiente distintividad y no contribuyen a diferenciar este signo de la marca previamente registrada, “SELEX”. Al respecto, se precisa que, si bien es cierto que el signo cuestionado está compuesto por seis palabras y una letra, así: “SELEX” y “S - THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, también lo es que ello no desvirtúa el riesgo de confusión en el presente caso, teniendo en cuenta que la carga distintiva recae sobre la expresión que reproduce por completo de la marca previamente registrada, esto es, “SELEX”, lo que lleva a que el signo solicitado “S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE” no sea suficientemente distintivo y diferente al previamente registrado, [...] Lo anteriormente constatado indica que, desde el punto de vista fonético,

existe una similitud sustancial entre los signos confrontados. En efecto, al pronunciar los signos de manera sucesiva y alternativa, se observa que, a pesar que ellos no se escuchan de forma idéntica, principalmente debido a su desigual extensión, la palabra SELEX predomina en ambas marcas, siendo este el elemento principal del signo cuestionado “S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, y, se reitera, aunque el signo solicitado incluye otras expresiones (“S THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”), la palabra de mayor fuerza en el conjunto marcario es ciertamente “SELEX”. Como se observa, al acudir al método de cotejo sucesivo, se puede apreciar que el empleo de expresiones adicionales, no le aporta una fuerza distintiva especial al signo solicitado, de tal manera que sea registrable. Además, debe tenerse en cuenta que en las marcas compuestas la primera palabra es la que tiene mayor poder de recordación en la mente del consumidor, como también que, sobre todo si el texto completo es especialmente largo, muchos consumidores tenderán a abreviarlo al mencionarlo, repitiendo apenas la parte que esté dotada de mayor significación; por todo lo cual, la expresión “SELEX” que hace parte del signo cuestionado, “S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, es la que el consumidor va a recordar con mayor probabilidad, máxime si se tiene en cuenta que en su parte gráfica “SELEX” está escrita en letras de mayor tamaño que las demás palabras “S - THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, que aparecen escritas en letras de menor tamaño. [...] Esta configuración de los signos permite concluir que visualmente presentan un grado de similitud sustancial que puede ocasionar un riesgo de confusión o de asociación empresarial para el público consumidor. En cuanto a la similitud ideológica, se señala que la marca previamente registrada “SELEX”, es una marca de fantasía porque no tiene un significado conceptual propio en el idioma castellano y por esta razón no puede ser cotejada en este aspecto. En relación con la marca “S SELEX THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, las dos primeras palabras “S SELEX”, no tienen ningún significado conceptual propio en el idioma castellano y el resto de las palabras “THE CMPC PLYWOOD ALWAYS RELIABLE”, están en idioma inglés, que traducido al español significa “la madera contrachapada²⁰ CMPC²¹ siempre confiable”. Por ello, desde el punto de vista ideológico o conceptual, al ser de fantasía los signos en controversia, como ya se dijo, ellos no pueden cotejarse. [...] [L]a Sala precisa que, a fin de verificar la conexidad entre los productos amparados, hay circunstancias en las que uno o dos criterios son suficientes para establecer la conexión competitiva y que no se requiere de la concurrencia de todos para la consecución del propósito de establecer dicha conexidad. [...] [N]o cabe duda que existe conexión competitiva, pues, al comparar los productos que reivindica el signo cuestionado en la Clase 19 de la Clasificación Internacional de Niza y aquellos servicios que distinguen la marca previamente registrada en la Clase 37 de la citada Clasificación, aunque pertenecen a distintas clases del nomenclátor, se complementan entre sí, por cuanto la marca solicitada produce “Madera Terciada, Madera Terciada Para La Construcción, (...)”, y la marca previamente registrada distingue la prestación de servicios de construcción y servicios de instalación y reparación. Por lo tanto el producto que ofrece una marca se complementa con el servicio que presta la otra marca y ambas se pueden comercializar en forma simultánea, tanto en grandes superficies como en establecimientos especializados; se promocionan por iguales medios, tales como folletos, televisión, prensa y redes sociales; y sus consumidores podrían asumir razonablemente que los productos y servicios en cuestión provienen del mismo empresario, en atención a la semejanza de los signos.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de abril de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2011-00389-00.](#)

2. No se accede a declarar la nulidad de los actos que negaron la concesión del privilegio de patente de invención denominada “MÉTODOS Y SISTEMAS PARA MARCACIÓN, SEGUIMIENTO Y AUTENTIFICACIÓN DE PRODUCTOS”.

Síntesis del caso: *Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante SIC, con el fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones No 8027 de 17 de noviembre de 2009 y N.o 32143 de 23 de junio de 2010, por las cuales se negó el privilegio de patente de invención a la denominada «MÉTODOS Y SISTEMAS PARA MARCACIÓN, SEGUIMIENTO Y AUTENTIFICACIÓN DE PRODUCTOS».*

SOLICITUD DE PATENTE DE INVENCION / UNIDAD DE INVENCION / COMPUTADOR / SOFTWARE / DERECHOS DE AUTOR / IMPROCEDENCIA DE LA PATENTE DE INVENCION

Problema jurídico: [D]eterminar si las Resoluciones 58027 de 17 de noviembre de 2009 y 32143 de 23 de junio de 2010, mediante las cuales el Superintendente de Industria y Comercio negó el privilegio de patente de invención denominada «MÉTODOS Y SISTEMAS PARA LA MARCACIÓN, SEGUIMIENTO Y AUTENTICACIÓN DE PRODUCTOS», vulneran los artículos 14, 15, 25 y 30 de la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina, para lo cual debe analizarse si la solicitud se refiere a un programa de ordenador o a un soporte lógico como tal y si, por ende, no es patentable.

Tesis: [E]n el presente caso la invención versa sobre un software para la marcación e identificación de productos. En efecto, se trata de un sistema informático compuesto de algoritmos, funciones y procedimientos que se llevan a cabo en equipos de cómputo que permite marcar los artículos, pero que no interviene para nada en la cadena de producción. [...] [L]a Sala concluye que en el presente caso el software de generación de códigos de marcado y autenticación que se pretende patentar no es el que gestiona el proceso industrial de fabricación del producto final, ni tampoco realiza el trabajo de alguna de las máquinas que intervienen en la cadena de producción. Tampoco es una manera para obtener alguna de las propiedades técnicas del producto, por lo que no se puede predicar que impacte o tenga injerencia en la cadena de producción y que por lo tanto sea indispensable para la elaboración del producto final. Aunque el señor Yannick Georges Charles Gauthier afirmó que el procedimiento de marcado incidía en la producción a alta velocidad, no se probó la forma en que ello se lograría. Los señores Yannick Georges Charles Gauthier y Philippe Chatelain dieron cuenta de un procedimiento de generación de claves seguras (salado) y del ahorro de espacio de almacenamiento, más no de la manera como ellas apoyaban el proceso productivo porque, aunque la distribución forma parte de la cadena de producción, lo cierto es que no se indicó cómo el distribuidor podría identificar los códigos para comprobar la autenticidad del producto. De la descripción de las reivindicaciones se colige que los datos (sal) que se le agregaban al código inicial no correspondían a datos propios del producto, lo que es relevante por cuanto, como se anotó, lo que hace que la autenticación forme parte de la cadena de distribución es que se pueda verificar plenamente su procedencia, y ello se logra con la inclusión de datos propios del artículo o de la empresa que lo produce y no con el salado a través de códigos aleatorios. Valga precisar que no es que los programas de ordenador no se puedan patentar, lo que ocurre es que para ello se debe probar que forman parte de la cadena de producción o distribución del producto. Por ello, no basta señalar que los códigos pueden servir al distribuidor, sino que se debe demostrar la forma en que lo hacen. En otras palabras, la sola mención de su utilidad para autenticarlo y evitar la piratería, no basta para probar que hacen parte de la cadena productiva. Así las cosas, no se puede afirmar que el sistema de generación de códigos aleatorios o los códigos obtenidos forman parte de la cadena de distribución, porque para que el distribuidor pueda corroborar la autenticidad del producto, debe indicarse el método para ello, disponer de un decodificador o el suministro de un sistema de verificación que no se incluyó dentro de la solicitud de la patente, lo que impide que el distribuidor pueda verificar el código la marcación del producto. La invención así planteada no aporta nada al producto, porque con o sin el código de seguridad el artículo se produce con los mismos componentes y características de calidad y duración. Esta conclusión exime a la Sala del análisis de los requisitos de patentabilidad porque, se insiste, se trata de un programa de ordenador no susceptible de protección por el derecho de patentes.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 28 de abril de 2022; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2010-00536-00.](#)

4
SECCIÓN
SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1 Las entidades y organismos públicos no están habilitados para, con base en los rangos que establece el Gobierno Nacional, crear su propia escala de viáticos.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de nulidad simple, se demandó a la Agencia Nacional de Minería con el fin de que se anulara la Resolución 491 de 30 de julio de 2019, expedida por dicha entidad, con el objeto de actualizar y adoptar el reglamento de reconocimiento y pago de las comisiones de los funcionarios públicos y/o gastos de servicios de alojamiento, manutención y transporte de los contratistas de prestación de servicios. El Consejo de Estado encontró que, a través del artículo 4 del acto acusado, la Agencia Nacional de Minería desconoció la reserva reglamentaria que le corresponde ejercer al Gobierno Nacional en materia de viáticos, lo que sumado al incumplimiento del deber de publicación de los proyectos específicos de regulación, condujo a la declaratoria de nulidad de aquella resolución.*

RESERVA REGLAMENTARIA COMO CRITERIO DE VALIDEZ NORMATIVA / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN MATERIA DE VIÁTICOS

Problema jurídico 1: *«¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de falta de competencia por ser la escala de viáticos y gastos de desplazamiento un asunto que pertenece al régimen salarial y, por ende, corresponde definir al Gobierno Nacional, sin que su determinación pudiera delegarse a los diferentes organismos y entidades públicas por disposición del Decreto Nacional 1013 de 2019, artículo 2?»*

Tesis 1: «[...] en los casos en que el ordenamiento superior ha contemplado que opere una reserva normativa, el organismo competente tiene el deber de desarrollar un contenido mínimo regulatorio frente al asunto que le ha sido confiado [...] Así pues, tratándose del contenido sustancial del tema reservado, no puede haber un desconocimiento de esa competencia exclusiva. Esto supone que a la autoridad competente le esté vedado delegar o desprenderse de esa función para que sea ejercida por una diferente, salvo que se trate de aspectos que, estando relacionados con el asunto sujeto a reserva, no sean esenciales a este [...] dentro de la facultad reglamentaria que le corresponde ejercer exclusiva y excluyentemente al Gobierno Nacional en materia de régimen salarial, se encuentra también la de definir el régimen de gastos de desplazamiento (viáticos, gastos de representación y de transporte) de los empleados públicos. En desarrollo de dicha atribución, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1013 de 2019 [...] Como la regulación del régimen de viáticos es un asunto sometido a reserva reglamentaria, bajo la lógica que se expuso, es preciso adentrarse en el contenido del acto enjuiciado para definir si, en él, la Agencia Nacional de Minería respetó el monopolio normativo existente en cabeza del Gobierno Nacional o si, por el contrario, lo transgredió [...] De un lado, se observa que el grueso de los artículos que integran la resolución consagran reglas que, sin desconocer su importancia, no podrían catalogarse como fundamentales en términos de la reserva de reglamento que existe frente a los gastos de desplazamiento. Por lo tanto, aquellas podían emanar de la entidad demandada dentro de la órbita de sus competencias para el logro de la adecuada prestación de los servicios a su cargo [...] No sucede lo propio con el artículo 4 ejusdem pues, parte de su contenido, supone una invasión de la atribución del Gobierno Nacional para definir la escala de viáticos y los criterios aplicables a efectos de reconocer y pagar los gastos de desplazamiento respectivos [...] la demandada reguló asuntos esenciales al régimen de viáticos en los que invadió la competencia exclusiva del Gobierno Nacional, última que, en efecto, para el año 2019, había sido ejercida por aquel mediante la expedición del Decreto 1013 de 2019. En este punto, resulta de gran trascendencia ahondar en la correcta hermenéutica del artículo 2 del mencionado decreto pues se advierte que ambas partes tienen un entendimiento errado de la norma, según el cual aquella prevé una atribución en cabeza de las entidades y organismos del Estado para que establezcan de forma general e indeterminada un monto fijo y diario a reconocer por concepto de viáticos, según la remuneración del cargo, siempre que se respeten los topes definidos por el Gobierno Nacional en el artículo 1 de la misma norma reglamentaria. Esto no es lo que señala el artículo 2 del Decreto 1013 de 2019. Cuando este precepto indica que «Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos», se refiere al acto de

contenido particular y concreto en el que, atendiendo a las circunstancias específicas de la comisión, la entidad u organismo determina el monto a reconocerle al funcionario que se encuentra en dicha situación administrativa [...] En conclusión, el inciso 1 y los cuadros contenidos en los numerales 1 y 2 del artículo 4 de la Resolución 491 de 2019 fueron expedidos sin que la Agencia Nacional de Minería tuviera competencia alguna para ejercer una potestad de creación normativa en la materia [...]».

VICIO DE EXPEDICIÓN IRREGULAR / PUBLICIDAD DE PROYECTOS ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN / COLISIÓN DE PRINCIPIOS / PONDERACIÓN

Problema jurídico 2: «¿La Agencia Nacional de Minería incurrió en la causal de expedición irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa por, presuntamente, haber proferido la Resolución 491 de 30 de julio de 2019 incumpliendo el deber de informar la iniciación de la actuación administrativa a quienes pudieran estar interesados en ella, en los términos de los artículos 3, numeral 6, y 8, numeral 8, del CPACA?»

Tesis 2: «El acto administrativo enjuiciado fue expedido en forma irregular por la pretermisión del trámite de publicidad previa al que se debió sujetar y por la trascendencia que tuvo el incumplimiento de este requisito formal de procedimiento, de acuerdo con lo señalado en el numeral 8.º del artículo 8.º del CPACA y en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, sustituido por el artículo 1.º del Decreto 270 de 2017 [...] la sola constatación del incumplimiento de este deber de publicación de los proyectos específicos de regulación, al tratarse de un aspecto formal de procedimiento, no genera automáticamente la nulidad del acto administrativo, pues es necesario verificar que dicha situación tuvo trascendencia en la afectación de principios o derechos, para lo cual debe realizarse un ejercicio de ponderación [...] en el caso concreto la Sala le otorga mayor importancia a la satisfacción del principio de participación ciudadana pues, con la eventual intervención de los interesados en el asunto, la Agencia Nacional de Minería hubiera tenido la oportunidad de advertir que la escala de viáticos que fijó en el artículo 4 de la resolución acusada desconoció la reserva reglamentaria a cargo del Gobierno Nacional en materia de viáticos. De esta forma, al menos emergía la posibilidad de que el precepto anunciado no se hubiera incluido en el acto objeto de estudio [...]».

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2022, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2020-00027-00\(0028-2020\)](#)

2. El artículo 2 del artículo 723 de 2013 al reglamentar la afiliación al Sistema General de Riesgos Laborales, de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios por el término de un mes, con entidades o instituciones públicas o privadas y, de los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo, no vulneró el derecho de la seguridad social y el derecho de igualdad de quienes se vinculen por un término menor, como tampoco de los independientes cuyos ingresos no le permitan cotizar por mes completo, ya que el artículo 193 de la Ley 1955 de 2019, creó el Piso de Protección Social que garantiza su afiliación.

Síntesis del caso : *Se considera que el artículo 2 del Decreto Reglamentario 723 de 2013 en la expresión «con una duración superior a un mes» contenida en el artículo 2º del Decreto Reglamentario 723 de 2013, vulnera los derechos a la seguridad social y a la igualdad de los trabajadores que tengan contratos formales de prestación de servicios con una duración inferior a un mes y, de los trabajadores independientes cuyos ingresos no les permitan cotizar al sistema un mes completo; porque les impide afiliarse al Sistema General de Riesgos Laborales, y por ende, no recibirían la atención integral en salud, ni les serían pagadas las prestaciones económicas derivadas de un accidente o enfermedad laboral.*

SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES / APLICACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / ENTIDAD PÚBLICA / ENTIDAD PRIVADA / AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DEL TRABAJADOR INDEPENDIENTE / ACTIVIDAD DE ALTO RIESGO / AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES/ COBERTURA DE LA AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / DERECHO DE IGUALDAD / AUSENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Problema jurídico : *¿El Decreto reglamentario 723 de 2013 al regular la afiliación obligatoria al Sistema General de Riesgos Laborales de Seguridad Social de las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, con una duración superior a un mes, así como los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo excedió la facultad reglamentaria y vulneró el derecho de la seguridad social y el derecho de igualdad de quienes se vinculen por un término menor y de los trabajadores independientes cuyos ingresos no les permitan cotizar al sistema un mes completo?*

Tesis: [...] Le asiste razón al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio del Trabajo y, a la Procuraduría General de la Nación, cuando afirman que el artículo 2º del Decreto Reglamentario 723 de 2013, aquí demandado, no excede o contraviene la norma legal reglamentada, que es la Ley 1562 de 2012, sino que, por el contrario, la reproduce casi que de manera exacta, pues, esta última señala en su artículo 2º -que modifica el artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994-58 -, que son afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales, en forma obligatoria, las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, con una duración superior a un mes, así como los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo. [...] La Sala recuerda, que para las demandantes, la expresión «con una duración superior a un mes» contenida en el artículo 2º del Decreto Reglamentario 723 de 2013, vulnera los derechos a la seguridad social y a la igualdad de los trabajadores que tengan contratos formales de prestación de servicios con una duración inferior a un mes, así como de los trabajadores independientes cuyos ingresos no les permitan cotizar al sistema un mes completo; porque les impide afiliarse al Sistema General de Riesgos Laborales, y por ende, no recibirían la atención integral en salud o que les sean pagadas las prestaciones económicas derivadas de un accidente o enfermedad laboral. [...] Pues bien, visto de manera aislada, solitaria o descontextualizada, es evidente que el segmento normativo acusado podría dar a entender que las reglas sobre afiliación, cobertura y aportes al Sistema General de Riesgos Laborales, contenidas en el Decreto Reglamentario 723 de 2013, benefician o aplican únicamente a las personas vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios -con entidades o instituciones públicas o privadas- con una duración superior a un mes y, a los trabajadores independientes que laboren en actividades de alto riesgo; dejando de lado es decir, discriminando- a los trabajadores que tengan contratos formales de prestación de servicios con una duración inferior a un mes, así como de los trabajadores independientes cuyos ingresos no les permitan cotizar al sistema un mes completo. [...] Sobre el particular, la Sala recapitula lo expuesto en los párrafos 44 a 63 de esta providencia, en los que se precisó que el Piso de Protección Social, creado en el artículo 193 de la Ley 1955 de 2019, permite a “las personas que tengan relación contractual laboral o por prestación de servicios, por tiempo parcial y que en virtud de ello perciban un ingreso mensual inferior a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (SMLMV)” y a “las personas que no tengan una vinculación laboral o no hayan suscrito un contrato de prestación de servicios y no tengan capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización al Sistema Integral de Seguridad Social” afiliarse y/o vincularse a este -bajo la modalidad del piso de protección social-, para recibir, los siguientes beneficios: (i) el Régimen

Subsidiado del Sistema General de Seguridad en Salud, (ii) el Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos (BEPS) como mecanismo de protección en la vejez y (iii) el Seguro Inclusivo que amparará al trabajador de los riesgos derivados de la actividad laboral y de las enfermedades cubiertas por BEPS. [...] Así las cosas, teniendo en cuenta el carácter obligatorio y vinculante de las sentencias de constitucionalidad, para esta Sala -acogiendo el criterio jurisprudencial expuesto- el déficit de protección en seguridad social e igualdad, advertido por las aquí accionantes, en estos momentos se encuentra superado o saldado por el Piso de Protección Social, creado en el artículo 193 de la Ley 1955 de 2019, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda. [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 31 marzo de 2022, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 11001-03-25-000-2017-00464-00 \(2135-2017\)](#)

3. Se niega el incidente de impacto fiscal, interpuesto por el Ministerio de Educación Nacional, por no acreditar que la declaratoria de nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en la Sentencia emitida el 24 de octubre de 2019, hubiere generado o tenga la potencialidad de generar una grave afectación a la sostenibilidad fiscal de la Nación.

Síntesis del caso: Mediante sentencia del 24 de octubre de 2019, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, declaró la nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que señalaba: "No podrán radicarse solicitudes por trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior". La Corporación consideró que, las funciones establecidas en el artículo 7 de la Ley 91 de 1989, se refieren a la administración del fondo; de suerte que la entidad invadió la órbita de competencia de legislador, quien por virtud de la reserva legal es el único llamado a reglamentar el ejercicio del derecho de petición y, además, por constituir una limitación a un derecho fundamental. El Ministerio de Educación interpuso el incidente de impacto fiscal, por cuanto estimó que la decisión afecta de manera considerable la sostenibilidad de las finanzas de la Nación, razón por la cual, sugirió un plan de cumplimiento gradual de la sentencia de nulidad en el término de 5 años.

INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL / PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL / CESANTÍAS PARCIALES DE DOCENTE PÚBLICO/ AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / MEDIO DE CONTROL DE SIMPLE NULIDAD / SENTENCIA DE NULIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA MODULACIÓN DE LA SENTENCIA

Problema jurídico: ¿Con ocasión de la declaratoria de nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en la sentencia del 24 de octubre de 2019, emitida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado; se afectó, de manera grave, la sostenibilidad fiscal de la Nación, de forma tal que amerite modular, modificar o diferir en el tiempo sus efectos?

Tesis: "[...]El Ministerio de Educación Nacional, al proponer el incidente de impacto fiscal que nos ocupa,

consideró que la Sentencia emitida por esta Subsección el 24 de octubre de 2019, por medio de la cual se declaró la nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en relación con la posibilidad que tienen los docentes afiliados para solicitar el anticipo de sus cesantías, disponía que *“no podrán radicarse solicitudes por trámite ordinario, sino después de tres años contados a partir de la fecha de pago de la anterior”*; genera un grave impacto fiscal *“en las finanzas del Estado”* y que por tanto, se hace imperioso diferir sus efectos en el tiempo, para lo cual propuso un plan de cumplimiento de 5 años.(...) La Sala no desconoce la gravedad de las situaciones que se exponen [deuda en pensiones y servicio médico, pasivo por concepto de cesantías y sanción por mora en su pago, no contar con los recursos del Sistema General de Participaciones y, por último, los efectos de la pandemia del covid 19] y su menoscabo al patrimonio del FOMAG; pero si echa de menos la explicación de la manera cómo los efectos de la Sentencia del 24 de octubre de 2019, podrían haber contribuido e incidido en la generación de tales afectaciones financieras, que en la mayoría de los casos, subyacen con antelación a la emisión de dicha providencia. En ese sentido, la deuda que el FOMAG acumula y que se esgrime como argumento de afectación grave de la sostenibilidad financiera, como bien lo afirmó el agente del Ministerio Público, nada tiene que ver con el costo de las cesantías parciales, ni mucho menos con el déficit que supuestamente se generaría por la anulación de la regla de periodicidad para su pago; por lo que claramente no se constituye en un elemento que de sustento a la afectación financiera que se arguye. Similar consideración merece el argumento tendiente a demostrar el déficit del Fondo con corte al 31 de diciembre de 2019, puesto que no se entiende cómo la Sentencia del 24 de octubre de 2019, que fue notificada a las partes el 26 de noviembre de 2019, en tan solo un mes y cuatro días de haber entrado en vigor, hubiere afectado las finanzas de la entidad para esa vigencia fiscal y las anteriores, de forma retroactiva. Razón por la cual, este argumento tampoco resulta ser explicativo de los efectos negativos que en la sostenibilidad fiscal pudiera producir la providencia acusada. (...) Es previsible que, a partir de la declaratoria de nulidad de la regla de periodicidad ya explicada, se aumente el número de solicitudes de retiros parciales de cesantías; es evidente que la entidad incidentante no demostró la manera como infiere que el aumento será del 50% o más de las solicitudes presentadas para el año 2020, toda vez que no soportó su dicho; pues no presentó las reglas matemáticas, ni los cálculos actuariales, ni los algoritmos empleados para efectuar las proyecciones. Tampoco probó, de manera siquiera sumaria, el número de solicitudes presentadas frente a los pagos efectivamente realizados en la vigencia del año 2020; ni adjuntó sus balances financieros, ni los soportes contables del Fondo. Adicionalmente, los escenarios planteados pasan por alto que no todas las solicitudes se deben resolver al mismo tiempo, sino que estas obedecen a un orden, sobre la base de un turno de radicación; de forma tal que el FOMAG, bien puede mejorar sus sistemas de gestión para efectos de poder atender y solventar, a tiempo, las peticiones que se le presenten. Asimismo, como ya se dijo, existen otros instrumentos y herramientas en el sistema presupuestario nacional de las que puede disponer el Gobierno para suplir el dinero faltante que se requiera producto del aumento real de las solicitudes. En efecto, las hipótesis presentadas por el Ministerio, no pasan de ser precisamente eso, meras conjeturas; por lo que es indudable que el juez del incidente de impacto fiscal no puede tomar una decisión tan importante y trascendental, como lo es la de diferir los efectos de una sentencia que versa sobre la efectividad de los derechos fundamentales, solamente basado en afirmaciones y cálculos especulativos.(...) En ese orden de ideas, la Sala, arriba a la conclusión de acuerdo con la cual el Ministerio de Educación Nacional no demostró que con la declaratoria de nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se afectare de manera grave la sostenibilidad financiera de esa cartera ministerial, ni mucho menos la del Estado en su conjunto. Por tanto, la respuesta al problema jurídico planteado es negativa, no siendo necesario entrar a estudiar la viabilidad del plan de cumplimiento propuesto por la entidad incidentante.[...]

Salvamento de voto de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez

SALVAMENTO DE VOTO / INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL / CESANTÍAS PARCIALES DE DOCENTE PÚBLICO/ AFILIADO AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO / SENTENCIA DE NULIDAD / MODULACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA NULIDAD

Problema jurídico: *¿Procedía modular parcialmente los efectos de la sentencia de nulidad que declaró nulidad del inciso 1 del artículo 5 del Acuerdo número 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contenida en la sentencia del 24 de octubre de 2019, emitida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, en atención al manejo*

presupuestal, la naturaleza y financiación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, para posibilitar legalmente la consignación anualmente a los docentes afiliados a dicho Fondo las cesantías parciales?

Tesis: “En materia de cesantías, en el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, existe una regulación especial, en tanto que: En primer lugar, el fondo administrador de la señalada prestación social es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989,26 como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital», creada para «efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado». → En segundo orden, en cuanto al origen de los recursos del FOMAG que se destinan a pagar las cesantías de los docentes oficiales, estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio²⁷ y que deben ser presupuestados por la entidad territorial sin situación de fondos. La Ley 715 de 2001,28 artículo 18, parágrafo 1º, señala al respecto lo siguiente: «Parágrafo 1º del artículo 18. Las sumas correspondientes a los aportes patronales y del afiliado, de seguridad social y parafiscales de las entidades territoriales por concepto del personal docente de las instituciones educativas estatales, se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones. La Nación contará con un plazo no mayor de dos años para perfeccionar el proceso de descuentos, con la información de las entidades territoriales». → En tercer lugar, acerca de la liquidación de las cesantías, de conformidad con el artículo 3º del Acuerdo 39 de 1998²⁹ expedido por el FOMAG, la entidad territorial deberá remitir a la Oficina Regional del Fondo del Magisterio a cargo de la secretaría de educación del departamento o del distrito capital, las liquidaciones anuales de cesantías del grupo de docentes a su cargo, reportadas en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional, en los primeros 20 días del mes de enero de cada año. Ahora bien, los valores que gira el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Fiduprevisora S.A. por el Sistema General de Participaciones, son manejados bajo el concepto de unidad de caja, sin que se proceda a consignarle a cada docente en una cuenta individual, ya que todos los recursos que ingresan al Fondo del Magisterio son destinados a cubrir las prestaciones económicas cuando estas sean exigibles, *verbi gratia*, en tratándose de las cesantías, y luego, el FOMAG por intermedio de la Fiduprevisora S.A. generará el pago por ventanilla de los valores correspondientes a la liquidación parcial solicitada por el educador en los eventos autorizados por la ley, lo cual implica que sus afiliados sí pueden disponer del auxilio cuando queden cesantes o para financiar la educación y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda cuando así lo soliciten. → En cuarto lugar, frente a los intereses a las cesantías, debido a que los afiliados al FOMAG, de acuerdo con el ordinal 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989,³⁰ reciben «un interés anual sobre el saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período». En consecuencia, el docente afiliado al fondo recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que percibe, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de Ley No 159 de 1989,³¹ que dio lugar a la Ley 91 de 1989.³² En ese sentido es que manifiesto mi desacuerdo frente al auto proferido el 3 de febrero de 2021 por la Sección Segunda, Subsección B de esta Corporación, en tanto no analizó los anteriores aspectos relacionados con la naturaleza, el régimen legal, la administración y el origen de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, que se destinan a atender las cesantías de los maestros del sector oficial, más aún porque uno de los argumentos del Ministerio de Educación Nacional gira en torno a ello. De allí que en mi criterio, el auto debió conceder, pero parcialmente, la solicitud realizada por el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al proponer el trámite del incidente de impacto fiscal, porque a mi juicio, el aspecto de orden presupuestal anteriormente descrito de manera somera, así como la naturaleza y financiación del Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, FOMAG, genera una imposibilidad legal para consignar anualmente a los docentes afiliados a dicho Fondo, las cesantías en cuentas individuales, como se hace con los demás trabajadores cobijados por el régimen general o común de cesantías, circunstancia que a mi modo de ver, fue la que en su momento justificó la regla de periodicidad contenida en el inciso 1º del artículo 5º del Acuerdo Nro. 34 de 1998, que anuló la sentencia proferida por esta Subsección el 24 de octubre de 2019, cuyo cumplimiento, evidentemente requiere ajustes legales adicionales a nivel presupuestal, dada la estructura temporal anual que rige la materia.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de 03 de febrero de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2016-00992-00\(4473-2016\). Con salvamento de voto de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez.](#)

4. No procede el reconocimiento y pago de horas extras dominicales y festivos a los jueces de control de garantías, por cumplir funciones de dirección y no existir consagración en el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial.

Síntesis del caso: *Se solicitó a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Manizales (Caldas) por parte de un juez municipal con función de garantías, que cumple una jornada por turnos, según lo regulado en la Ley 906 de 2004, el reconocimiento y pago de horas extras, dominicales, festivos y días de descanso obligatorio y, en consecuencia, el reajuste de las prestaciones sociales. La administración negó la petición.*

JORNADA LABORAL SUPLEMENTARIA / RÉGIMEN ESPECIAL DE LA RAMA JUDICIAL / RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LA RAMA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DE LAS HORAS EXTRAS / JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS / HORAS EXTRAS / FALTA DE PAGO DE DOMINICALES Y DÍAS FERIADOS / IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE RECARGO NOCTURNO

Problema jurídico: *¿Al juez penal municipal con función de control de garantías le asiste derecho al reconocimiento de horas extras, descansos compensatorios, recargos nocturnos ordinarios y diurnos y nocturnos en días dominicales y festivos, liquidados con el número de horas laborales previstas para la generalidad de los empleados públicos, con la consecuente afectación en la liquidación de los factores salariales y las prestaciones sociales?*

Tesis: “[L]os jueces y magistrados tienen la categoría de funcionarios de acuerdo con lo previsto en el artículo 125 de la Ley 270 de 1996, porque tienen funciones de dirección y por ello no pueden estar sometidos a la misma jornada de los demás empleados judiciales, entre otras razones, porque gozan de un salario más alto dentro de su escala competencial y, además, en su calidad de directores del despacho, pueden distribuir sus funciones y cargas laborales. En conclusión, se colige que (i) las normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial no contemplan el derecho a las horas extras, dominicales y festivos, pero sí a descansos remunerados; (ii) la naturaleza del servicio de control de garantías es permanente, por ello la Ley 906 de 2004 previó que todos los días y horas son hábiles, motivo por el cual no hay lugar a recargos, puesto que este es el horario habitual; (iii) el artículo 157 de la Ley 906 de 2004 consagra una norma especial que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, se aplica de preferencia a las disposiciones generales, por lo que no es dable extender el régimen previsto en el Decreto 1042 de 1978 a los miembros de la Rama Judicial de manera supletiva ni integradora; y (iv) el pago de horas extras y compensatorios no está previsto para remunerar a quienes tienen cargos de dirección (...) De las pruebas anteriormente enunciadas se desprende que el demandante: (i) labora como juez segundo penal municipal con función de control de garantías de Manizales desde el 20 de marzo de 2012 hasta la fecha en que se presentó la demanda; y (ii) en tal calidad, no cumplía el horario normal de los demás servidores judiciales, sino que trabajaba por el sistema de turnos, en razón a que presta sus servicios en la jurisdicción penal, específicamente en el ejercicio de la función de control

de garantías. Conforme a los planteamientos señalados y los argumentos que a continuación se pasan a exponer, se tiene que en el caso sub judice, el accionante no tiene derecho al reconocimiento del trabajo suplementario que reclama. Dentro del régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la Rama Judicial que rige la remuneración de estos servidores, no se prevé el derecho a las horas extras, dominicales y festivos, pero sí a descansos remunerados, como se reguló en los acuerdos citados en el acápite precedente, los cuales le fueron reconocidos al actor (lo que no se discute en el proceso). De igual forma, la función de control de garantías comporta naturaleza permanente, lo que hace que se privilegien las necesidades del servicio y por ello todos los días y horas son hábiles para quienes la ejercen, motivo por el cual no hay lugar al pago de recargos, pues aquellos laboran en su horario habitual. Asimismo, al existir normas especiales que regulan el reconocimiento de compensatorios, se aplican de preferencia frente a las disposiciones generales, por lo que no es dable extender el régimen previsto en el Decreto 1042 de 1978 a servidores de la Rama Judicial de manera supletoria ni integradora, tal como lo ha precisado esta subsección”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de marzo de 2022, C.P. Carmelo Perdomo Cuetér, radicación: 17001-23-33-000-2017-00740-01 \(6476-2018\)](#)

5. Se suspenden de manera inmediata los efectos del Acuerdo 1 del 23 de noviembre de 2021, expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, «[p]or el cual se establece el procedimiento operativo para implementar el derecho de preferencia consagrado en el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970».

Síntesis del caso: El demandante, actuando en nombre propio invocó el artículo 239 del CPACA y solicitó la suspensión provisional y la nulidad del Acuerdo 1 del 23 de noviembre de 2021, expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, «[p]or el cual se establece el procedimiento operativo para implementar el derecho de preferencia consagrado en el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970». Para el efecto señaló que con Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, se reglamentó la forma en que los notarios de carrera ejercerían el derecho de preferencia previsto en el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970. Sin embargo, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante fallo del 13 de mayo de 2021, declaró la nulidad del citado decreto, pues esta norma no podía reglamentar ni modificar ningún aspecto relacionado con el nombramiento de los notarios en propiedad ni los asuntos derivados de la carrera notarial, debido a que existe reserva legal sobre estas materias; de igual manera resaltó que con el Acuerdo 1 del 23 de noviembre de 2021 se vulnera el artículo 131 de la Constitución Política, ya que la competencia para reglamentar el ejercicio del derecho de preferencia de que trata el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970 radica en el legislador.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL / PROHIBICIÓN DE REPRODUCIR ACTOS ADMINISTRATIVOS ANULADOS / CARRERA NOTARIAL / COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / RESERVA LEGAL

Problema jurídico: ¿Resulta procedente decretar la suspensión provisional del Acuerdo 1 del 23 de noviembre de 2021, expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, «[p]or el cual se establece el procedimiento operativo para implementar el derecho de preferencia consagrado en el numeral 3 del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970», conforme al trámite establecido en el artículo 239 del CPACA, que define el procedimiento a seguir cuando se reproducen actos administrativos previamente anulados?

Tesis: «El artículo 237 del CPACA consagra la prohibición de producir actos administrativos que conserven, en esencia, el contenido de aquellas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que, con posterioridad a la decisión judicial correspondiente, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o la suspensión. [...] la reproducción se presenta cuando un acto administrativo conserva el texto o los efectos de las disposiciones jurídicas que traía un acto previamente anulado, salvo que hayan desaparecido las razones legales de la anulación. De tal manera que el juez o magistrado ponente se limita a verificar si la reproducción ha ocurrido o no, pero no le corresponde analizar nuevos cargos de nulidad que formule el solicitante, ya que para esos efectos el legislador previó los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho. [...] Mediante sentencia del 13 de mayo de 2021, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 2054 del 16 de octubre de 2014, pues este no podía «[...] reglamentar ni modificar ningún aspecto concerniente al nombramiento de los notarios en propiedad ni asunto alguno derivado de la carrera notarial, como son las obligaciones y derechos derivados de este sistema, por cuanto, como lo ha sostenido esta Sala, de tiempo atrás, sobre estas materias, por mandato constitucional, existe reserva legal». Por consiguiente, «[...] los asuntos del servicio público que prestan los notarios, entre ellos los aspectos de la carrera notarial, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones; únicamente mediante yes expedidas por el Congreso o por medio de decretos con fuerza de ley, expedidos por el ejecutivo. En consecuencia, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, es necesario que las prescripciones normativas que regulen materias reservadas a la ley, consten en disposiciones que pertenezcan a cuerpos normativos de rango legal, de lo contrario vulnerarían la Constitución». [...] el despacho considera que, aunque no existe una plena identidad entre las palabras utilizadas en el Decreto 2054 de 2014 y el Acuerdo 1 de 2021, varias de las disposiciones de este último sí reprodujeron, en esencia, el contenido del primero. [...] Una vez verificado que los artículos 1, 4, 5, 6, 10 y 11 del Acuerdo 1 de 2021, aunque utilizando otros términos, reprodujeron el contenido del Decreto 2054 de 2014, y que actualmente se mantienen vigentes los fundamentos constitucionales que dieron lugar a la anulación de este último, el despacho considera que existe mérito suficiente para decretar la suspensión de los efectos de los artículos citados. [...] aunque en este momento procesal no resulta tan evidente que lo señalado en los artículos 2, 3, 7, 8 y 9 del Acuerdo 1 de 2021 hayan reproducido lo dispuesto en el Decreto 2054 de 2014, dichas normas, en tanto hacen parte de un procedimiento concatenado que fue diseñado por el Consejo Superior de la Carrera Notarial en relación con el ejercicio del derecho de preferencia, su eficacia no sería posible sin la aplicación de los artículos 1, 4, 5, 6, 10 y 11. Por consiguiente, en aras de la salvaguardar la coherencia del ordenamiento jurídico y evitar la permanencia de normas que en la práctica podrían generar incertidumbre e inseguridad en el tráfico jurídico, se decretará la suspensión de los efectos de todos los artículos del Acuerdo 1 del 23 de noviembre de 2021.[...]»

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Auto de 7 de abril de 2022, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2014-01431-00\(4668-2014\)](#)

6. Se declara la nulidad parcial del numeral 8 de la Resolución 3559 del 28 de agosto de 2018, «Por la cual se modifican los Anexos Técnicos 2, 3 y 5 de la Resolución número 2388 de 2016 modificada por las Resoluciones números 5858 de 2016, 980, 1608 y 3016 de 2017», suscrita por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Síntesis del caso: *El demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad, consagrado en el artículo 137 del CPACA, actuando en nombre propio, solicitó declarar la nulidad parcial de la Resolución 3559 del 28 de agosto de 2018, «Por la cual se modifican los Anexos Técnicos 2, 3 y 5 de la Resolución número 2388 de 2016 modificada por las Resoluciones números 5858 de 2016, 980, 1608 y 3016 de 2017», suscrita por el Ministerio de Salud y Protección Social, en cuanto estableció que los afiliados con requisitos para acceder a la pensión de vejez, que*

quisieran cesar sus cotizaciones a ese sistema, debían encontrarse en el archivo «Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión».

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / COTIZACIONES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES / REGISTRO ÚNICO DE LOS AFILIADOS AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIONES / COMPETENCIA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA / RESERVA LEGAL

Problema jurídico: *«¿Si la Resolución 3559 del 28 de agosto de 2018, vulnera el ordenamiento jurídico superior en cuanto estableció que los afiliados con requisitos para acceder a la pensión de vejez, que quisieran cesar sus cotizaciones a ese sistema, debían encontrarse en el archivo «Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión?»»*

Tesis: «[...] dentro del diseño del sistema de seguridad social, especialmente en lo que concierne a las cotizaciones que lo financian, se resalta la activa intervención que tiene el Ministerio de Salud y Protección Social para establecer los lineamientos que orientan la liquidación de los aportes. En tal sentido, los artículos 1 y 2 del Decreto Ley 4107 de 2011, dispusieron que dicha cartera debía tomar parte en la estructuración de las políticas en materia de pensiones y se le facultó para «[p]articipar en la formulación y evaluación de la política para la definición de los sistemas de afiliación, protección al usuario, aseguramiento y sistemas de información en pensiones», así como para «[d]efinir y reglamentar los sistemas de información del Sistema de Protección Social que comprende afiliación, recaudo, y aportes parafiscales». A su vez, el artículo 15 de la Ley 797 de 2003, modificado por el artículo 32 de la Ley 1911 de 2018, preceptuó que el gobierno Nacional debía definir el diseño, organización y funcionamiento de, entre otros, el registro único de los afiliados al sistema de seguridad social en salud y pensiones; así como una herramienta que permitiera la integración de los pagos de cotizaciones, aportes parafiscales y otras contribuciones de esa naturaleza, que tendría «como mecanismo principal la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes y Contribuciones (PILA)». En ejercicio de las anteriores potestades, se expidió el Decreto 1465 de 2005, modificado por el Decreto 1931 de 2006, el cual dispuso que la PILA debía ser adoptada mediante resolución expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social. Ese deber se verificó, para los cotizantes activos, con la Resolución 634 de 2006, derogada por la Resolución 1747 de 21 de mayo de 2008, esta última fue derogada por la Resolución 2388 de 2016 y esta, a su vez, reformada por las Resoluciones 5858 de 2016, 980 de 2017, 1608 de 2017, 3016 de 2017, 3559 de 2018, 736 de 2019, 1740 de 2019, 2514 de 2019, 454 de 2020, 686 de 2020, 1438 de 2020, 1844 de 2020, 2421 de 2020. [...] La Resolución parcialmente enjuiciada varió los Anexos Técnicos 2, 3 y 5 de la Resolución 2388 de 2016 (modificada por las Resoluciones 5858 de 2016, 980, 1608 y 3016 de 2017). Específicamente, en lo que concierne al sub lite, indicó que el «subtipo de cotizante 4», esto es, el «cotizante con requisitos cumplidos para pensión», podría utilizarse cuando el afiliado cumpla con las exigencias mínimas para el reconocimiento de la pensión de vejez, al tenor de la normativa vigente. Y agregó que, para su uso, «el operador de información debe validar que el cotizante se encuentre relacionado en el archivo “Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión” dispuesto por este Ministerio en el FTP seguro de cada operador de información» y que dicha información «debe ser enviada mensualmente por parte de las entidades Administradoras y Pagadoras de pensiones en la Plataforma de Intercambio de Información (PISIS) del Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO) de este Ministerio, a más tardar el día 24 de cada mes, con la estructura que se encuentra publicada en el portal de SISPRO, en la sección de anexos técnicos (PUB205PTSP)». [...] se observa que la resolución demandada estableció una verificación previa para poder acudir al «subtipo de cotizante 4», consistente en que los potenciales beneficiarios de la exención de pagar el aporte a pensión debían aparecer en el archivo «Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión», lo cual se traduce en que los afiliados debían solicitar la pensión ante su administradora o fondo de pensiones. [...] la resolución demandada se dirigió a la consecución de un objetivo válido, esto es, garantizar el recaudo integral del aporte en pensiones respecto de quienes verdaderamente estaban llamados a realizarlo; sin embargo, implementó un requisito adicional al previsto por el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 para que los afiliados cesaran sus cotizaciones al sistema de pensiones. En efecto, la Resolución 3559 de 2018 determinó que los interesados solamente podrían acceder a ese beneficio si aparecían en el «Reporte de Información de Personas que están en Trámite de Solicitud de Pensión», es decir, que no les bastaría con cumplir la edad, semanas y/o capital suficiente para acceder a la pensión de vejez, sino que también deberían solicitar la prestación a la entidad administradora o el fondo al cual se encontrarán afiliados, pese a que el legislador no estableció una obligación en tal sentido. [...] En este orden de ideas, el mecanismo de validación en comento introdujo una exigencia adicional a las previstas por el legislador para que se

extinguiera la obligación de cotizar, lo cual desbordó la competencia del ministerio y desconoció el deber de ejercer sus atribuciones dentro del marco constitucional y legal. [...]"

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 17 de marzo de 2022, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2019-00538-00\(4235-2019\)](#)

7. La prescripción de la acción disciplinaria se computa desde la ocurrencia del último acto constitutivo de la falta, cuando la conducta es continuada, hasta el momento de la notificación de la decisión sancionatoria principal.

Síntesis del caso: El demandante manifestó encontrarse en desacuerdo con la tesis de prescripción de la acción disciplinaria señalada por la entidad apelante para lo cual señaló que no es admisible que el término de prescripción se interrumpa con la notificación al disciplinado de la providencia que defina la situación jurídica en primera instancia, pues en su sentir el proceso disciplinario es uno solo y en esa medida con la expedición y notificación del fallo de segunda instancia que resuelve el recurso de apelación es que debe entenderse finalizada la actuación del ente de control. Así también, cuestionó el fundamento de la sanción disciplinaria argumentando que en los contratos a precios unitarios la cláusula del valor sirve como indicativo de un monto estimado, pero no es vinculante y que el verdadero valor del contrato es el que resulta de su ejecución.

PROCESO DISCIPLINARIO / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA / CONDUCTA DE CARÁCTER PERMANENTE / CELEBRACIÓN, EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE LA PRESCRIPCIÓN / NOTIFICACIÓN DEL FALLO DISCIPLINARIO PRINCIPAL

Problema jurídico 1: «¿Tuvo ocurrencia el fenómeno de la prescripción comoquiera que debió atenderse a la fecha de suscripción de la liquidación del contrato y no solo la suscripción del contrato?»

Tesis 1: «[...] el deber infringido (...) fue «Participar en la actividad contractual en detrimento del patrimonio público, al no disponer de la correspondiente justificación técnica y económica idónea para estipular un mayor precio de los ítems de obra (...) cuyo objeto consistió en la continuación de la construcción de las obras para el control de crecientes de la Cuenca del río Tunjuelo, respecto a los precios fijados el 31 de julio de 2006 por el diseñador y asesor del mencionado proyecto (INGETEC), omisión (carencia de justificación técnica y económica) que se prolongó durante la ejecución del contrato (25 de agosto de 2006 al 15 de septiembre de 2007) y hasta el momento en que el disciplinado aprobó la liquidación del aludido contrato el 30 de noviembre de 2007 guardando silencio al respecto, lo que provocó que las obras ejecutadas y pagadas al contratista durante la ejecución y con ocasión de la liquidación tuvieran un mayor costo [...] Por dicho cargo fue que se le sancionó disciplinariamente por parte de la Procuraduría General de la Nación el 14 de febrero de 2012, al advertir que los ítems de obra 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. fueron contratados, ejecutados, y pagados al contratista con un sobrecosto mayor al establecido por la firma INGETEC S.A., decisión que fuera confirmada en segunda instancia. Como se advierte de lo anterior, es apenas evidente que el análisis del Tribunal no se ocupó de analizar en su integridad el primer cargo endilgado [...] el Tribunal pasó de largo sobre cada de una de las situaciones señaladas en el pliego de cargos, que fueron relacionadas por la Procuraduría General de la Nación, frente a cada de una de las normas cuyo desconocimiento se le atribuyó al señor (...) y donde de forma reiterada se hizo referencia a que la incursión en la falta disciplinaria ocurrió durante la celebración, ejecución y liquidación del contrato, que imponían examinar la actividad contractual del gerente general de la EAAB durante todo el desarrollo del contrato hasta su liquidación, tal como se puntualizó en precedencia. [...] Como se advierte no fue acertada la tesis del Tribunal comoquiera que desde el mismo pliego de cargos se advirtió al demandante que se investigaría su actividad contractual desplegada frente al contrato No. 01-25500-2872006 de 11 de

agosto de 2006 frente a los sobrecostos de los ítems mencionados, que finalmente fueron pagados al contratista, escenario en el que se despliega una conducta de carácter permanente, por lo que la prescripción se cuenta desde la realización del último acto, como fue la suscripción del acta de liquidación del contrato. Ahora bien, en vigencia del artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009, indicó que la sanción disciplinaria se impone y, en consecuencia, se interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con la expedición y notificación del fallo que resuelva los recursos de la vía gubernativa. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sus dos subsecciones, ha aplicado dicha tesis, tanto por la Subsección A, en sentencia de 13 de febrero de 2014, así como por la Subsección B en sentencia de 28 de julio de 2014 donde señaló que, dentro del mencionado plazo, para que no opere la prescripción, la autoridad disciplinaria sólo debe proferir y notificar el acto administrativo principal y no los que resuelven los recursos interpuestos contra este. Igualmente la Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 30 de junio de 2016, nuevamente se pronunció en cuanto a la figura de la prescripción de la acción disciplinaria consagrada en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002; en esta oportunidad la Sala reiteró que la autoridad disciplinaria impone la sanción e interrumpe el término de la prescripción con la expedición y notificación del fallo disciplinario principal y no con el que resuelve los recursos interpuestos contra éste. De acuerdo con esto es válido concluir que la tesis vigente en materia de prescripción de la acción disciplinaria es la contenida en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 29 de septiembre de 2009 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, según la cual, dentro del término de los 5 años establecido por el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, la autoridad disciplinaria competente sólo debe proferir y notificar el acto principal, esto es el fallo de primera o única instancia, con el cual se interrumpe el término de prescripción. Por esto, como el acto de consumación de la falta disciplinaria se produjo el 30 de noviembre de 2007 cuando se suscribió el acta de liquidación del contrato de forma bilateral, no operó el fenómeno de la prescripción establecido en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, toda vez que la decisión sancionatoria de la Procuraduría Delegada la Moralidad Administrativa, a través de la cual, se declaró disciplinariamente responsable al señor (...) fue proferida el 14 de febrero de 2002 y notificada por edicto que se desfijó el 1.º de marzo de 2012, es decir, antes de la ocurrencia de los cinco años que señala la norma en mención. Por tanto, no le asistió razón al Tribunal Administrativo, que al proferir sentencia el 11 de agosto de 2016 desconoció los lineamientos que, para determinar la prescripción de la acción disciplinaria, dispuso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 2009, razón que impone revocar la decisión del Tribunal, desechar el cargo de anulación referente a la «Violación de los artículos 29, numeral 2º y 30 de la Ley 734 de 2002 [...]»

VALORACIÓN PROBATORIA / FALSA MOTIVACIÓN POR DEFECTUOSA VALORACIÓN / ELEMENTO “DETRIMENTO PATRIMONIAL” DEL TIPO DISCIPLINARIO / VALOR GLOBAL DEL CONTRATO / SOBRECOSTOS EN EL VALOR GLOBAL DEL CONTRATO / SOBRECOSTOS DE LOS PRECIOS UNITARIOS

Problema jurídico 2: «¿Incurrió la PGN en una falsa motivación por una defectuosa valoración probatoria cuando analizó el elemento «detrimento patrimonial» del tipo disciplinario?»

Tesis 2: «[...] el argumento del demandante persigue salvar su responsabilidad disciplinaria con base en que el precio global del contrato no representó un detrimento económico toda vez que se realizaron mayores obras frente a algunos ítems y los que representaban mayores costos no fueron ejecutados como se había planeado inicialmente, esto con miras de que quede sin piso el análisis realizado a los precios unitarios de los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. La naturaleza del contrato a precios unitarios, como ya se vio en precedencia lo que permite es que el valor global se pueda establecer de acuerdo con las cantidades de obra ejecutadas por el precio unitario convenido. Adicionalmente, si en la ejecución del contrato este sufre variaciones es posible que el precio inicial sea ajustado, como hubiese sucedido de extenderse las condiciones climatológicas desfavorables, por incremento de obra o la disminución de ésta, por lo que, una vez finalizado el contrato, el valor final se determinará por el resultado de multiplicar los precios unitarios por la cantidad de obra efectivamente ejecutada. Sobre ello no hay discusión. Empero sobre lo que se centra la controversia son los precios con los cuales se suscribió el contrato y se mantuvo su ejecución. Para ello debemos atender al artículo 12 de la Resolución 1016 de 2005, manual de contratación de la EAAB, vigente para la fecha de los hechos, norma que establece el procedimiento para la invitación privada de ofertas [...] De acuerdo con las normas analizadas y la misma definición del contrato de obra a precios unitarios se advierte como válido el cuestionamiento que se hizo la Procuraduría General de la Nación, pues si en efecto, el proceso contractual arrancó con unos precios que presentaron

sobrecostos y que difirieron, sin justificación alguna, de los establecidos y actualizados por INGETEC SA, específicamente frente a los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1., estos repercutirían a futuro en el precio finalmente pagado al contratista, ignorando que el mismo manual de contratación de la entidad establece qué debe contener los términos de referencia y cómo debe establecerse el presupuesto oficial para contratar a través de la modalidad de contratación privada donde determina con claridad, quienes intervienen en dicho proceso, y las actuaciones que deben desplegar. De acuerdo con ello, es evidente que al finalizar el contrato el valor global de éste se incrementó, igualmente, de forma injustificada, en suma que para este caso corresponde a \$571'507.442,16, como lo determinó la PGN según las diferencias dadas por el perito adscrito a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la entidad. Los anteriores aspectos hicieron parte del debate en el proceso disciplinario, sin que los disciplinados hayan aportado alguna prueba sobre la justificación de los sobrecostos establecidos para los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. Al contrario, su tesis, como se vio, consistió en que, al no presentarse un sobrecosto en el valor global del contrato, no hubo detrimento patrimonial. Por su parte, las decisiones sancionatorias no acogieron dichos planteamientos y a medida en que el proceso disciplinario avanzó se fueron consolidando las pruebas de que efectivamente se presentó un sobrecosto en los citados ítems, para lo cual el disciplinado no presentó justificación alguna e inclusive no se manifestó frente al dictamen elaborado por el perito de la PGN. Así las cosas, la Procuraduría General de la Nación demostró cómo em (sic) este caso hubo ausencia de justificación frente a los costos de los precios unitarios para los ítems 5.7., 8.15.1. y 8.18.1. evento que generó, a la postre, el valor global del mismo presentara un incremento, a todas luces irregular, escenario que impone denegar el cargo analizado. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 28 de abril de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2013-00349-01\(0862-2017\)](#)

5
SECCIÓN
TERCERA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Policía Nacional, el Ejército Nacional y la Armada Nacional deben responder por el ataque paramilitar ocurrido contra el municipio de San Pablo, Bolívar, por omisión del deber de protección de la población civil, ya que, era un hecho previsible, lo que, descarta la eximente de responsabilidad del hecho del tercero.

Síntesis del caso: "El 8 de enero de 1999, aproximadamente a las 23:45, cuatro lanchas con cerca de 60 hombres paramilitares arribaron por el río Magdalena a la zona urbana del municipio de San Pablo, Bolívar. - Al ingresar al municipio, los paramilitares se dividieron en dos grupos, uno de los cuales atacó las instalaciones de la estación de policía y el otro atacó a la población civil. - Ante los primeros disparos, los policías iniciaron un <<plan de defensa de las instalaciones>> y se acuartelaron en la estación de policía durante toda la incursión. A pesar de que llamaron al Ejército y a la Armada Nacional para que ofrecieran apoyo, estas entidades no acudieron al pueblo. A la 1:30 del día siguiente cesaron los disparos y los paramilitares huyeron por el río Magdalena. La incursión paramilitar en el municipio dejó como saldo un total de 14 muertos y un secuestrado."

ATAQUE / ATAQUE A LA POBLACIÓN CIVIL / ATAQUE POR GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / PARAMILITAR / ACTUACIÓN DEL GRUPO PARAMILITAR / GRUPO PARAMILITAR / POBLACIÓN / PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / POBLACIÓN CIVIL / PROTECCIÓN DE LA POBLACIÓN / VIOLENCIA CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL / MUNICIPIO / EJÉRCITO NACIONAL / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / ARMADA NACIONAL / FALLA DEL SERVICIO DE LA ARMADA NACIONAL / POLICÍA NACIONAL / RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA FUERZA PÚBLICA / DEBER DE PROTECCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL / OMISIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / INEXISTENCIA DEL HECHO DEL TERCERO / REQUISITOS DEL HECHO DEL TERCERO / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO / DAÑO CAUSADO A CIVIL DURANTE CONFLICTO ARMADO / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / ATAQUE PARAMILITAR

Problema jurídico 1: ¿La incursión del grupo paramilitar ocurrida el 8 de enero de 1999 en el municipio de San Pablo, Bolívar, era un hecho previsible, lo cual descarta la configuración de la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, cuya configuración requiere acreditar que el mismo es la causa exclusiva del daño y que resulta imprevisible e irresistible para el demandado, por lo que la Policía Nacional, el Ejército Nacional y la Armada Nacional deben responder patrimonialmente por los daños ocasionados por dicho ataque?

Tesis 1: "La Sala revocará las sentencias de primera instancia proferidas por el Tribunal Administrativo de Bolívar que negaron las pretensiones de las demandas y, en su lugar, condenará a la Policía Nacional y al Ejército Nacional, porque la incursión paramilitar ocurrida en el municipio de San Pablo era previsible para estas entidades y no adoptaron medidas de protección para evitar la causación del daño. Condenará también a la Armada Nacional porque si bien no se probó que esta entidad tuviera conocimiento previo de una posible incursión de un grupo armado al pueblo, sus agentes incurrieron en omisiones que fueron indispensables para que los paramilitares pudieran atentar contra la vida de las víctimas. (...). - Está acreditado que, tanto la Policía Nacional como el Ejército Nacional tenían conocimiento previo de que un grupo armado atacaría el municipio de San Pablo, Bolívar, y no tomaron ninguna medida tendiente a proteger la vida de sus habitantes. En efecto: (i) la Policía Nacional se limitó a realizar un patrullaje en el municipio pocas horas antes del ataque y durante la incursión paramilitar puso en ejecución un plan para

proteger únicamente las instalaciones de la estación de policía de San Pablo y (ii) el Ejército Nacional se ubicó en una zona rural alejada, lo que no le permitió acudir oportunamente para brindar protección a los civiles. Si bien el Ejército y la Policía alegaron que las informaciones que tenían apuntaban a que un grupo armado distinto al que finalmente atacó al municipio sería el responsable del ataque, pues pensaban que el ataque iba a ser de la guerrilla y no de los paramilitares, lo cierto es que, de haber tomado medidas para proteger a la población civil, el Ejército Nacional y la Policía Nacional habrían evitado el daño. Además, está probado que en los informes de inteligencia del Ejército se advirtió sobre una incursión paramilitar en el pueblo de San Pablo para principios de año de 1999 (...) En relación con la Armada Nacional, si bien no está probado que hubiera previsto la incursión de un grupo armado a San Pablo ni que otras entidades le hubieran comunicado lo anterior antes de la ocurrencia de los hechos, sus omisiones fueron determinantes para que el daño tuviera lugar. Esta entidad tuvo conocimiento de los hechos cuando la policía la llamó y le pidió auxilio a las 11:45 de la noche, apenas comenzó la incursión paramilitar, y los infantes de marina llegaron al pueblo solo cuatro horas después, a las 4:00 de la mañana siguiente, a pesar de que estaban estacionados a menos de 16 kilómetros de San Pablo. En este lapso ocurrieron los asesinatos y más de cuarenta hombres armados huyeron por el río Magdalena sin ningún tipo de oposición. Frente a esta omisión probada, la Armada no acreditó las afirmaciones que adujo para justificar su conducta. Al respecto, argumentó que al recibir la llamada de auxilio no pudo zarpar inmediatamente porque el río Magdalena no presentaba las condiciones adecuadas y las embarcaciones podían encallar y ser un blanco fácil para la subversión. Lo anterior no puede tenerse como cierto, pues solo unas pocas horas después de la incursión paramilitar los infantes de marina lograron desplazarse hasta el casco urbano de San Pablo por el río Magdalena sin ningún contratiempo y, según lo declaró el comandante de flotilla, las condiciones del río "estaban igual". La Armada, además, no aportó ninguna prueba que acreditara de forma idónea y concreta el aludido riesgo de zarpar. (...) Debido a que la incursión del grupo paramilitar ocurrida el 8 de enero de 1999 en el municipio de San Pablo, Bolívar, era un hecho previsible, se descarta la configuración de la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, cuya configuración requiere acreditar que el mismo es la causa exclusiva del daño y que resulta imprevisible e irresistible para el demandado."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre fenómeno jurídico de la caducidad, consultar providencia de la Corte Constitucional, de 14 de septiembre de 2016, Exp. SU498, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

ACTO TERRORISTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ACTO TERRORISTA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTO TERRORISTA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHO DE TERCERO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / FALLA DEL SERVICIO POR ACCIÓN / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / DAÑO CAUSADO POR OMISIÓN

Problema jurídico 2: ¿El Estado debe responder por el daño derivado de un acto terrorista causado por el hecho de un tercero, si se demuestra que el daño reclamado en la demanda fue causado por las autoridades públicas bien sea por acción, mediante su participación, bien sea por omisión, cuando se demuestra que habrían podido evitarlo si hubieran ejercido sus potestades constitucionales y legales, y adoptado las medidas a su alcance?

Tesis 2: "El daño derivado de un acto terrorista es causado por el hecho de un tercero, por lo que en principio no es imputable al Estado. (...) Sin embargo, en este caso el Estado debe responder si se demuestra que el daño reclamado en la demanda fue causado por las autoridades públicas bien sea por acción, mediante su participación, bien sea por omisión, cuando se demuestra que habrían podido evitarlo si hubieran ejercido sus potestades constitucionales y legales, y adoptado las medidas a su alcance. (...) En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la Sala debe declarar la responsabilidad patrimonial del Estado de reparar los perjuicios por las actuaciones del grupo paramilitar que incursionó en San Pablo, Bolívar, solo si encuentra acreditado que el daño le es imputable a las demandadas ya sea porque fue causado o bien por la acción o bien por la omisión de sus agentes."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad por los hechos de un tercero, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia del 20 de junio de 2017. Exp. 18860. C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

PERJUICIO MORAL POR MUERTE / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIO MORAL POR MUERTE / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL POR MUERTE / PARENTESCO / PRUEBA DE PARENTESCO / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN

DE LA RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Problema jurídico 3: *¿Para efectos de la indemnización de perjuicios morales a favor de los demandantes, estos debieron acreditar su parentesco o relación con las víctimas directas, caso en el cual se aplican los criterios unificados por la Sección Tercera sobre la indemnización por muerte?*

Tesis 3: “La Sala reconocerá los perjuicios morales a favor de los demandantes que acreditaron su parentesco o relación con las víctimas directas. Para efectos de la indemnización la Sala aplicará los criterios unificados por la Sección Tercera de esta Corporación.”.

NOTA DE RELATORÍA: En materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte, ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Exp. 26251. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

DAÑO EMERGENTE / ACREDITACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO EMERGENTE / NEGACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE / NEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MATERIAL EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE / PRUEBA DEL DAÑO EMERGENTE

Problema jurídico 4: *¿Debe negarse la reparación por daño emergente cuando los demandantes no allegan pruebas para acreditar los gastos cuya reparación solicitan por este concepto?*

Tesis 4: “Daño emergente (...) La Sala negará la reparación del daño emergente porque los demandantes no allegaron prueba alguna para acreditar los gastos cuya reparación solicitaron por este concepto.”

LUCRO CESANTE / ACRECIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / ACRECIMIENTO DE LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE A FAVOR DE MENOR DE EDAD / PRUEBA DEL LUCRO CESANTE / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / HIJO / INEXISTENCIA DE DEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS HIJOS / DEPENDENCIA ECONÓMICA DE LOS HIJOS / PADRE / MUERTE DE CIVIL / MUERTE DE LA PERSONA / COMPAÑERO PERMANENTE / RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES / DOCENTE / ATAQUE A LA POBLACIÓN CIVIL

Problema jurídico 5: *¿Debe reconocerse el lucro cesante a favor de los hijos y compañera permanente de la víctima directa porque se acreditó que trabajaba como docente para la fecha en la que fue asesinado se presume que los demandantes dependían económicamente de la víctima directa porque para la fecha de los hechos, los demandantes eran menores de 25 años, a esa suma se le aumentará el 25% correspondiente a prestaciones sociales, toda vez que se demostró una relación laboral?*

Tesis 5: “La Sala accederá al reconocimiento del lucro cesante a favor de los hijos y compañera permanente de la víctima (...) porque: (i) con la certificación proferida por la tesorera departamental de la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar se probó que el señor (...) trabajaba como docente para la fecha en la que fue asesinado; y (ii) se presume que los demandantes dependían económicamente de la víctima directa; para la fecha de los hechos, los demandantes (...) y (...) eran menores de 25 años. (...) A esa suma se le aumentará el 25% correspondiente a prestaciones sociales, toda vez que se demostró una relación laboral como profesor, y se le descuenta el 25% que corresponde a lo que se presume que la víctima destinaba a su sostenimiento y manutención, según el criterio jurisprudencial (...) La Sala liquidará el perjuicio teniendo en cuenta el acrecimiento de acuerdo con los criterios adoptados en la sentencia de unificación sobre la materia. Para calcular el periodo durante el cual las víctimas indirectas serán beneficiarios de la indemnización, la Sala comparará el tiempo indemnizable para la esposa y el del menor de los hijos así: (i) el tiempo indemnizable para la compañera permanente (...) es el periodo más corto entre la expectativa de la vida probable de la víctima directa la demandante, que en este caso es de la primera de ellas, pues al momento de su muerte (...) tenía una expectativa de vida de 38,64 años esto es, 463,67 meses de vida probable tenía el fallecido (...). Y (ii) para los hijos, se identificará el tiempo que le faltaba a cada uno de los hijos para cumplir 25 años y se tomará en cuenta el tiempo que le hacía falta al siguiente menor de ellos para alcanzar esa edad.”

NOTA DE RELATORÍA: En el caso concreto a algunas víctimas se les negó el lucro cesante porque no acreditaron la dependencia económica de los demandantes con las víctimas directas. Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 15 de abril de 2015, exp. 19146, CE-SUJ-3-001 de 2015, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS / REPARACIÓN POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO / NEGACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / POBLACIÓN / ATAQUE A LA POBLACIÓN CIVIL / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / INDEMNIZACIÓN POR REPARACIÓN DEL DAÑO / INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Problema jurídico 6: ¿Debe negarse el reconocimiento del perjuicio social a favor de la comunidad de San Pablo, Bolívar, como la construcción de monumentos, parques e inversión social porque persigue un reconocimiento social de los hechos ocurridos en ese municipio y excede la competencia del juez de reparación directa ya que no persigue una indemnización para los demandantes?

Tesis 6: “Perjuicio social (...) Los demandantes reclamaron a título de perjuicios sociales a favor de la comunidad de San Pablo, Bolívar la construcción de monumentos, parques e inversión social. La Sala negará el reconocimiento de este perjuicio porque lo solicitado no tiene como finalidad la indemnización de los demandantes sino que persigue un reconocimiento social por los hechos ocurridos en el municipio el 8 de enero de 1999, lo cual excede la competencia del juez de la reparación directa.”

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL / TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / HECHO DEL TERCERO / DAÑO CAUSADO POR HECHO DEL TERCERO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHO DE TERCERO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CARGAS PÚBLICAS / RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS CARGAS PÚBLICAS

Problema jurídico 1: ¿No solo resulta posible imputar al Estado los daños cometidos por terceros sólo si se prueba que éste participó por acción o por omisión, porque el título de imputación por riesgo excepcional permite declarar la responsabilidad estatal cuando el daño ha sido causado materialmente por un tercero, si ese daño concretó un riesgo de naturaleza excepcional creado por el Estado, y revistió tal gravedad que excedió las cargas que normalmente deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de las funciones públicas de las que se derivó el riesgo??

Tesis 1: “Comparto la decisión de la Sala. Aclaro mi posición respecto de las posibilidades teóricas para imputar al Estado daños cometidos directamente por terceros. El proyecto sostuvo que esto sólo es posible si se prueba que el Estado participó por acción o por omisión. Como lo he sostenido repetidamente, el título de imputación por riesgo excepcional permite declarar la responsabilidad estatal cuando el daño ha sido causado materialmente por un tercero, si ese daño concretó un riesgo de naturaleza excepcional creado por el Estado, y revistió tal gravedad que excedió las cargas que normalmente deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de las funciones públicas de las que se derivó el riesgo.”

NOTA DE RELATORÍA: Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de febrero de 1984, exp. 2744.

Aclaración de voto del consejero Fredy Hernando Ibarra

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FALLA DEL SERVICIO DE SEGURIDAD / FALLA DEL SERVICIO DE PROTECCIÓN / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ACTO TERRORISTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ATAQUE TERRORISTA / ACTO TERRORISTA / ATAQUE TERRORISTA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ACTO TERRORISTA / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY

/ PARAMILITAR / ACTUACIÓN DEL GRUPO PARAMILITAR / ATAQUE PARAMILITAR / GRUPO PARAMILITAR / CASO PARAMILITARISMO / PARAMILITARISMO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / OMISIÓN ADMINISTRATIVA / OMISIÓN DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / OMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA / DELITO DE OMISIÓN / TEORÍAS DEL DERECHO PENAL / DERECHO PENAL / POSICIÓN DE GARANTE / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / OMISIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / OMISIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN CIVIL / INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Problema jurídico 1: ¿Para estructurar la responsabilidad de las entidades demandadas por la omisión de proteger a la población civil del municipio de San Pablo, Bolívar, era necesario y pertinente acudir al concepto de "nexo de evitación"?

Tesis 1: "[E]stimo innecesario y no pertinente acudir al concepto de "nexo de evitación" (...) para estructurar la responsabilidad de las entidades demandadas por la omisión de proteger a la población civil del municipio de San Pablo, Bolívar, porque, si bien esta categoría propia del derecho penal se utiliza para imputar un resultado disvalioso a una omisión del garante que no evitó la lesión de un bien jurídico (en los delitos omisivos), también es cierto que esta figura exige una valoración previa para determinar si el garante tenía efectivamente la posibilidad real de evitar el hecho dañoso y, además, cuáles eran las acciones concretas e idóneas para tal fin. En este sentido, bastaba con el estudio que realizó el fallo sobre la omisión de las obligaciones de protección, vigilancia, control, socorro a la población y falta de apoyo entre la fuerza pública para predicar la responsabilidad estatal; acciones que, por otra parte, de haberse realizado, tampoco garantizaban que el daño no se hubiera producido o atenuado en función de las posibilidades fácticas y jurídicas de las demandadas, tal como lo precisa el nexo de evitación para imputar objetivamente el daño a la administración por sus omisiones concretas y eficaces en impedirlo como garante."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 30 de marzo de 2022; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 13001-23-31-000-2001-10091-01\(34318\) acumulados 13001-23-31-000-2001-20083-01 \(34321\), 13001-23-31-000-2001-00084-01 \(34627\), 13001-23-31-000-2001-00090-01 \(40518\), 13001-23-31-000-2001-10088-01 \(44755\)](#)

2. El riesgo aviar es inherente a la actividad aeronáutica y es de imposible eliminación.

Síntesis del caso: Una aeronave de transporte de carga debió abortar el despegue por problemas en una de sus turbinas. El demandante alega que el daño irreparable en la turbina fue producido por el impacto con un ave y que el incidente se produjo por el actuar descuidado de la Aeronáutica Civil y del aeropuerto por no implementar medidas tendientes a reducir el peligro aviar.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACREDITACIÓN DEL DAÑO / DAÑO A AERONAVE / RELACIÓN DE CAUSALIDAD / INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD / CAUSACIÓN DEL DAÑO / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / RIESGO PROPIO DEL SERVICIO / SERVICIOS AERONÁUTICOS / AERONÁUTICA CIVIL / OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ESTATAL / AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN

Problema jurídico: ¿Es responsable el Estado por los daños que se producen en la actividad aeronáutica como resultado de la materialización del riesgo aviar?

Tesis: “[S]i bien el riesgo aviar es propio de la actividad aeronáutica y por lo tanto se trata de un riesgo previsible, este no puede controlarse en su totalidad, de suerte que para que poder imputar un daño como consecuencia de la materialización dicho riesgo debía acreditarse que quien está llamado a controlarlo no realizó las medidas para minimizarlo, hecho que no fue probado en este caso, y por el contrario, sí se demostró que las entidades demandadas ejercieron acciones tendientes a disminuir dicho riesgo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 05001-23-31-000-2011-00904-01\(49776\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACREDITACIÓN DEL DAÑO / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / HECHO GENERADOR DEL DAÑO / HECHO DAÑOSO / CAUSAS DEL DAÑO / DAÑO A AERONAVE

Tesis: “[A]claro mi voto porque a pesar de que está acreditado el daño, no se tiene certeza sobre el hecho dañoso, pues la providencia consideró que la ingesta del ave fue el hecho dañoso determinante. Sin embargo, de forma contradictoria también señaló que desconocía cuales habían sido las causas que provocaron la afectación del motor[...]. En consecuencia, la sentencia no debió pronunciarse sobre el riesgo aviar, sino simplemente decir que ante la falta de certeza del hecho dañoso no era posible hacer un análisis de imputación.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 05001-23-31-000-2011-00904-01\(49776\).](#)

3. En la “justicia rogada”, el juez no puede suplir las falencias cometidas por el actor en la formulación de cargos.

Síntesis del caso: *Ecopetrol celebró un contrato de obra en el marco del cual impuso multas por incumplimiento, declaró ocurridos los siniestros amparados por la póliza de cumplimiento y la póliza de salarios y prestaciones sociales, y liquidó unilateralmente el contrato. Se demandaron las resoluciones contentivas de estas decisiones alegando violación al debido proceso y a las estipulaciones contractuales pactadas, así como indebida notificación y ausencia de la misma.*

JUSTICIA ROGADA / PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA / ALCANCE DE LA JUSTICIA ROGADA / CONCEPTO DE JUSTICIA ROGADA / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CARGA PROCESAL DE LAS PARTES DEL PROCESO / DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA

Problema jurídico: *¿En las demandas de nulidad contra actos administrativos, puede el juez suplir las falencias de la formulación de cargos?*

Tesis: “En relación con el juzgamiento de legalidad de actos jurídicos es pertinente advertir que por antonomasia la actuación de la jurisdicción contencioso administrativa se rige, por regla general, por un principio de “justicia rogada” el cual hace referencia a la carga procesal que debe asumir el actor cuando demanda la nulidad de un acto administrativo lo que implica, entre otros aspectos, lo atinente a la formulación de los cargos de nulidad contra el acto impugnado con expresión de las normas jurídicas que se estiman violadas y la exposición del respectivo concepto de quebranto normativo, obligación que el juez no debe ni puede asumir por el demandante. Por el contrario, cuando la controversia consiste en el juzgamiento de responsabilidad patrimonial del Estado por razón de acciones, omisiones, hechos administrativos, operaciones administrativas o de ocupación de inmuebles de manera temporal o permanente por motivo de trabajos públicos el principio que determina la actividad de esta jurisdicción

especializada es el de “iura no bit curia”, según el cual, las partes deben ponerle de presente al juez los hechos y es este [quien] debe determinar el derecho aplicable al caso y específicamente el título jurídico de imputación. Por consiguiente, en los eventos sometidos al principio de justicia rogada ante la omisión de tal obligación procesal por el actor en cuanto tiene que ver con la formulación de este nuevo cargo el cual no fue esgrimido con la demanda, no puede el juez al momento de fallar el asunto suplir tal falencia y determinar o proponer las censuras o reproches de ilegalidad contra el acto cuya nulidad se depreca con la demanda porque una actuación de tal naturaleza implica, necesaria e indiscutiblemente, estudiar nuevos cargos que no fueron planteados con la demanda lo que vulnera los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y derecho de defensa y contradicción de la parte demandada -en este caso de Ecopetrol SA- en tanto que esta no tuvo la oportunidad de pronunciarse en tiempo real y efectivo sobre ese preciso nuevo aspecto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 68001-23-31-000-2010-00025-01 \(56190\).](#)

Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ECOPETROL / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO / EXPEDICIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DERECHO PRIVADO

Tesis: “Me aparto de la decisión porque no comparto que la mayoría de la Sala obviara el estudio de los cargos de nulidad presentados por el demandante y de las excepciones que formuló la entidad demandada, relativos a la competencia de Ecopetrol para expedir los actos administrativos demandados, habida consideración del régimen de derecho privado que rige sus actos y contratos. [...] El estudio del principio constitucional de legalidad, en virtud del cual ningún sujeto puede proferir actos administrativos sin que exista una habilitación legal clara e inequívoca, hubiera permitido advertir, fácilmente, que la entidad no estaba facultada para adoptar los actos administrativos demandados, lo que implicaba, inexorablemente, su declaratoria de nulidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 68001-23-31-000-2010-00025-01 \(56190\).](#)

4. Los ciudadanos tienen la obligación de colaborar con la administración de justicia y soportar la carga de someterse a la investigación de extinción del derecho de dominio.

Síntesis del caso: “[L]a Fiscalía inició, en forma oficiosa, trámite de la acción de extinción del derecho de dominio sobre los bienes de varias personas, entre ellas, la anterior propietaria de un lote de terreno, que había sido comprado por la ahora demandante. En esa misma fecha ordenó la ocupación del bien y la inscripción en el certificado de tradición y libertad, de la medida de suspensión del poder dispositivo sobre el inmueble. La demandante reclama la reparación de los daños que aseguró haber sufrido como consecuencia de la imposición de las medidas cautelares, la vinculación del inmueble de su propiedad a la acción de extinción del derecho de dominio y la tardanza en la resolución de la exclusión de su propiedad de dicho trámite.”

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / INVESTIGACIÓN PENAL / PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / DEBER DE COLABORAR CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA

NACIÓN / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Problema jurídico 1: *¿Incorre la Fiscalía General de la Nación en error judicial, al imponer medida de suspensión del poder dispositivo sobre un inmueble, para adelantar investigación de extinción del derecho de dominio?*

Tesis 1: “Una vez iniciado el trámite de extinción de dominio, se cumplió con todas las disposiciones legales que regulaban el tema, específicamente, se ordenó la notificación de las personas que pudieran resultar afectadas con la medida, lo cual permitió que la ahora demandante, compradora de buena fe, se hiciera presente en el proceso de extinción de dominio para probar el origen del dinero con el que adquirió en compra el lote de terreno (...). Además de los documentos que fueron aportados por los afectados, la Fiscalía también adelantó diligencias tendientes a lograr el objetivo, que en ese caso era determinar si había o no lugar a la extinción del derecho de propiedad de los bienes, entre ellos, el del lote de terreno tantas veces enunciado. La demandante se encontraba en la obligación de colaborar con la administración de justicia y proporcionar todos los medios necesarios para aclarar la situación, en este caso el origen de los dineros con los que había comprado el lote de terreno y con ello demostrar que había sido compradora de buena fe. Insiste la Sala en que, de las probanzas arrojadas al proceso, no se puede deducir que la Fiscalía General de la Nación hubiera incurrido en error judicial, dado que vinculó los bienes que hubieran estado en cabeza de las personas sindicadas de los hechos objeto de esa investigación; se notificaron esas diligencias a los terceros afectados, concretamente, a la ahora demandante, a fin de que pudieran ejercer su derecho de defensa; se adelantaron las diligencias necesarias para recaudar las pruebas con el fin de determinar el origen de los dineros con los cuales se adquirieron los bienes investigados y, finalmente, una vez esclarecida la verdad, se ordenó el levantamiento de la medida cautelar impuesta y la devolución del lote de terreno a su propietaria.”

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / INVESTIGACIÓN PENAL / PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RETRASO INJUSTIFICADO EN LA INVESTIGACIÓN PENAL / DILACIÓN INJUSTIFICADA EN EL PROCESO PENAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INEXISTENCIA DE LA MORA JUDICIAL INJUSTIFICADA / DEBIDO PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INJUSTIFICADAS / TRÁMITE DEL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO / SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES

Problema jurídico 2: *¿Se acreditó una dilación injustificada en el trámite del proceso de extinción del derecho de dominio y por ello es responsable la Fiscalía General de la Nación por defectuoso funcionamiento en la administración de justicia?*

Tesis 2: “En relación con la dilación injustificada en el trámite del proceso de extinción del derecho de dominio, se reitera, que a pesar de que no se trajo todo el expediente, de las piezas procesales aportadas se puede concluir que la solicitud de levantamiento de la medida cautelar y exclusión del inmueble de la acción de extinción del derecho de dominio, fue presentada el 19 de enero de 2001, incidente que se dio por terminado el 23 de abril de 2004, época para la que se resolvió el grado jurisdiccional de consulta de la providencia proferida el 6 de enero de esa misma anualidad, en la que se declaró la improcedencia de la extinción del derecho de dominio de algunos bienes, sobre los que se había impuesto la medida cautelar regulada por el artículo 15 de la Ley 333 de 1996, que eran de propiedad de terceros ajenos al proceso. De la providencia del 6 de enero de 2004, se puede concluir que el proceso de extinción del derecho de dominio se inició con el fin de esclarecer el origen de los recursos empleados para la adquisición de 25 bienes inmuebles, 15 sociedades y 15 vehículos, lo que significa que no solo se estaba investigando el tema en relación con el lote de terreno de propiedad de la ahora demandante. Si bien el trámite del incidente de exclusión duró tres años, dicho término no fue excesivo en la medida en que se tramitó en dos instancias y que no solamente se estaba investigando el origen del dinero con el que se había adquirido el lote objeto del presente litigio, sino también de otros 54 bienes, lo que implica una mayor inversión de tiempo, dado el número de vinculados al proceso, de terceros que resultaron afectados con las medidas tomadas en el mismo y las oposiciones que presentaron a las medidas. Aunado a lo anterior se resalta la conducta activa asumida por la Fiscalía, razón por la cual no es dable concluir que existió una dilación injustificada en la resolución del incidente presentado por la demandante, razón por la cual concluye la Sala que no se

incurrió en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia alegado en la demanda.”

DIFERENCIA ENTRE ERROR JUDICIAL Y DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRESUPUESTOS DEL ERROR JUDICIAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PROVIDENCIA JUDICIAL / VÍA DE HECHO / ERROR JUDICIAL FÁCTICO / ERROR JUDICIAL NORMATIVO / SUPUESTOS DEL DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / MORA JUDICIAL INJUSTIFICADA / CUSTODIA DE BIEN DECOMISADO / PÉRDIDA DEL BIEN

Problema jurídico 3: *¿Cuáles son las diferencias entre el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y el error judicial?*

Tesis 3: “Después de la entrada en vigencia del artículo 90 constitucional, se mantuvo la diferencia entre la actividad propiamente judicial, reservada a las providencias judiciales por medio de las cuales se declarara o hiciera efectivo el derecho subjetivo, y la responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que se siguió predicando de las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales, sin que hicieran parte de ella las de interpretar y aplicar el derecho. Así, se declaró la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, en eventos como las dilaciones injustificadas, o pérdida o deterioro de bienes decomisados, que no fueron entregados por el depositario. También la Sala aclaró que el error que podía dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado no se reducía a la “vía de hecho”, ni se identificaba con las llamadas por la Corte Constitucional “causales de procedibilidad”, sino que correspondía a un defecto sustantivo, un defecto fáctico, porque el error judicial que da lugar a la reparación es toda disconformidad de la decisión del juez con el marco normativo que regula el tema de la decisión, incluida la valoración probatoria que corresponda realizar. Además, el error judicial debe estar contenido en una providencia judicial, que, de manera normal o anormal, ponga fin al proceso, pero dicha providencia no debe ser analizada en forma aislada, sino en relación con los demás actos procesales. El artículo 65 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló la responsabilidad del Estado en estos eventos: “El Estado deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”. El error jurisdiccional fue definido en el artículo 66 de la misma normativa 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”. Al declarar la exequibilidad de este artículo, la Corte Constitucional precisó que: (i) dicho error se materializa únicamente a través de una providencia judicial; (ii) debe enmarcarse en los mismos presupuestos que la jurisprudencia ha definido como una “vía de hecho”, y (iii) no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la Rama Judicial, porque ello comprometería en forma grave la seguridad jurídica. En tal sentido condicionó la decisión de exequibilidad de la norma, concepto del cual se ha pronunciado en varias oportunidades la Sala. En relación con el indebido funcionamiento de la Administración de Justicia, el artículo 29 de la Constitución de 1991 estableció como garantía del debido proceso, el trámite sin dilaciones injustificadas y el 228 ibídem consagró los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial, al disponer que “los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”. (...) En la Ley 270 de 1996 se estableció esta modalidad de responsabilidad del Estado como residual, con fundamento en la cual deben ser decididos los supuestos de daño antijurídico sufridos como consecuencia de la función jurisdiccional que no constituyan error jurisdiccional o privación injusta de la libertad por no provenir de una decisión judicial. En vigencia de la Constitución de 1991, la Sala ha reconocido el derecho a la indemnización por fallas en la administración de justicia y, en particular, por el retardo injustificado de adoptar decisiones que causen daño a las partes o a terceros.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el daño causado por la administración de justicia, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de noviembre de 2004, rad. 13539, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 4 de diciembre de 2002, rad. 12791, C. P. Germán Rodríguez Villamizar; y sentencia de 5 de diciembre de 2007, rad. 15128, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 18 de marzo de 2022, C. P. María Adriana Marín, radicación: 76001-23-31-000-2006-01978-01\(51890\).](#)

5. Régimen probatorio aplicable a los juicios de responsabilidad médica.

Síntesis del caso: El demandante sufrió un accidente de tránsito que le produjo lesiones, las cuales fueron atendidas en la Clínica Somer de Rionegro, allí fue valorado por el área de ortopedia y fue remitido a otros centros asistenciales a valoración por fisioterapia y cirugía plástica; no obstante, los demandantes aducen que el retardo injustificado en la realización de la cirugía de transferencia de nervio cubital izquierdo a la extremidad superior derecha le generó las secuelas permanentes que actualmente padece.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / LESIONES POR TRATAMIENTO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA PROBADA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / FALTA DE PRUEBA / PRUEBA DEL NEXO CAUSAL EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Problema jurídico: ¿El daño derivado de las secuelas permanentes que padece el demandante en el brazo derecho, es imputable a los entes demandados a título de falla del servicio médico por la presunta demora presentada en la programación de un procedimiento quirúrgico?

Tesis: “En lo relativo a la imputación del daño, el régimen probatorio aplicable a los juicios por responsabilidad médica ha variado en la jurisprudencia de esta Corporación a lo largo de los años. [...] A partir del año 2006, el régimen probatorio ha estado sujeto al de falla probada, lo que quiere decir que, en la actualidad, quien pretenda la reparación de un daño ocasionado como consecuencia del acto médico soporta la carga de probar la afectación y su imputación al órgano demandado. [...] [L]a Sala concluye que la parte demandante no demostró la falla en la prestación del servicio médico, porque está acreditado que las secuelas que generó la lesión completa de plexo braquial con avulsión preganglionar del miembro superior derecho sufrida por [el demandante], se estructuraron a partir del 1 de mayo de 2007, fecha a partir de la cual le fue reconoci[da] una pensión de invalidez por la pérdida de la capacidad laboral equivalente al 52.65%, esto es, meses antes de que se consintiera el tratamiento quirúrgico, circunstancia que descarta la existencia de nexo causal entre el daño alegado y la presunta demora presentada en la programación de la cirugía. Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 23 de febrero de 2022, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 05001-23-31-000-2009-00108-01\(54220\).](#)

6. Por violación al debido proceso se declara parcialmente nulo los actos administrativos que dieron por incumplido un contrato de venta de un sistema de enlace Web para inteligencia militar

Síntesis del caso: Se controvierte la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se declaró el incumplimiento del contrato No. 625 -DINTE-2007 y se hizo efectiva una garantía de calidad, con fundamento en que el Sistema de Enlace Web de Inteligencia Militar adquirido a través de ese contrato no funcionó en su totalidad.

SINIESTRO / ACREDITACIÓN DE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO / DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / NULIDAD DEL ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / ACTO DE DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DEL SINIESTRO / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 1: *¿Es nulo los actos administrativos que declararon el incumplimiento contractual por violación al debido proceso al no controvertirse los documentos en que se fundó?*

Tesis 1: [A] pesar de que la determinación del monto de la indemnización no se reduce a la mera afirmación de un valor o a una mera operación aritmética, sino que comporta, esencialmente, un proceso de verificación y acreditación de unos supuestos fácticos que, al estar debidamente demostrados, soportan la determinación final de la administración de cara al valor por el que estima se le ha causado un perjuicio y por el que, hasta el monto amparado, hará efectiva la garantía de cumplimiento —en este caso en su amparo de calidad— o, en otras palabras, a pesar de que para determinar el monto de la pérdida la entidad pública no podía basarse en sus meras apreciaciones, sino que debía emplear unos medios demostrativos que la respaldaran, no dio oportunidad para que la contratista participara en el proceso de recolección de tales pruebas, menos aún en el de la discusión de su contenido, alcance y, en general, de su mérito demostrativo, a pesar de que, como ya se estudió, le asistía un interés legítimo en ello por resultar afectada por tal determinación, no solo porque en caso de que la aseguradora pagara la indemnización podía subrogarse en los derechos de la entidad pública en contra de la contratista, sino también porque, en lo que no quedó cubierto por el valor del amparo contemplado en el contrato de seguro, se ordenó que se iniciara una acción de repetición en contra de los integrantes de la Unión Temporal⁸⁸, con lo cual, evidentemente, se vulneró su derecho al debido proceso. En consecuencia, la Sala encuentra que, en lo que concierne a la acreditación y fijación del monto de la pérdida (artículo segundo de la Resolución No. 061 del 15 de diciembre de 2009, parcial), las resoluciones demandadas están viciadas de nulidad por violación del debido proceso y, por tanto, así se declarará. Este vicio acarrea también el de la nulidad de la orden de hacer efectiva la póliza (artículo tercero de la misma resolución), en tanto en cuanto, ya se dijo, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, para mantener esa declaración se requería que el acto se mantuviera incólume en cuanto a dos elementos, la declaración de la ocurrencia del siniestro — que no se altera en su validez (ver párrafos 95 a 97 de esta providencia)— y la cuantía de la pérdida, que será anulada. Finalmente, se declarará la nulidad de la orden de iniciar una acción de repetición en contra de los integrantes de la Unión Temporal por el valor excedente del total cuantificado a título de pérdida (artículo cuarto de la misma resolución), pues esta determinación se fundó, igualmente, en la evaluación de perjuicios que hizo la entidad demandante sin participación de la contratista.

RESPONSABILIDAD DE LA UNIÓN TEMPORAL / RESPONSABILIDAD DE LOS INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL / UNIÓN TEMPORAL / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Problema jurídico 2: *¿Cuál es la responsabilidad de los integrantes de la Unión Temporal frente a la eventual declaratoria de un siniestro?*

Tesis 2: [L]os integrantes de las uniones temporales responden solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones de su propuesta y las del contrato, es decir, por ley, están llamados a responder, cada uno de ellos, por la totalidad de tales obligaciones; por tanto, correlativamente, la administración puede exigir a cada uno de ellos el cumplimiento total del débito, sin que éstos puedan oponer la división de la obligación en razón de su participación en la ejecución del contrato. al lado de lo anterior, la norma también señala que las sanciones por el incumplimiento se deben imponer según la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal, es decir, el legislador distinguió entre la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo que, de suyo, comporta la responsabilidad patrimonial derivada de su incumplimiento —los perjuicios, en tanto no tienen un carácter propiamente sancionatorio, sino meramente indemnizatorio o retributivo— del castigo legal o convencional que puede derivarse de un determinado incumplimiento, pues, por disposición legal, la sanción sí recae únicamente sobre el integrante que dio lugar a ello, esto es, en relación con las obligaciones que estaban a su cargo según la distribución que, por mandato legal, debe dejarse plasmada en el documento de conformación de la unión temporal en relación con los términos y extensión de la participación de cada uno de sus integrantes en la propuesta y en la ejecución del contrato. Esta distinción entre responsabilidad solidaria por el cumplimiento —ergo, responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento— y responsabilidad individual frente a las sanciones derivadas del incumplimiento, explica la exigencia legal a la que se acaba de hacer referencia, pues la fijación de los términos y la extensión de la participación de cada uno de los

integrantes de la unión temporal en el documento de constitución es necesaria para determinar a cuál de ellos podría, eventualmente, afectar una sanción derivada del incumplimiento contractual, no así, cuál de ellos debería responder por el cumplimiento del contrato o por los perjuicios derivados de su incumplimiento, pues, si bien, en el caso de las uniones temporales el legislador quiso diferenciar al contratista incumplido para efectos de la imposición de sanciones, lo cierto es que, al hilo con esto, también quiso reforzar, a través de la responsabilidad solidaria de sus integrantes, el cumplimiento de los contratos estatales y, por esta vía, la consecución de los fines que persigue la contratación estatal. Se agrega a lo anterior que, aunque no es una característica que se predique solamente de las uniones temporales, cuando el cumplimiento del objeto implica adelantar obligaciones de diversa naturaleza técnica, la fijación de la participación en la propuesta y en la ejecución del contrato de cada uno de sus integrantes está asociada con la especialidad de cada miembro, por lo que se ha señalado por algunos que sería absurdo entender, a la luz del contenido del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, que la entidad pública contratante pueda exigir a cualquiera de ellos el cumplimiento de obligaciones que no estén asociadas con su especialidad; sin embargo, esta aparente falta de lógica de la norma, ha sido acertadamente respondida por la doctrina, al señalar que la solidaridad a la que se refiere la ley “se traduce en la práctica en una de contenido patrimonial que implica que cualquiera de ellos debe responder por el total de la obligación y por los perjuicios que se deriven de su incumplimiento sin que ningún integrante se excuse con el beneficio de la división [...]”. Así las cosas, forzoso viene a ser concluir que no asiste razón a la parte demandante al afirmar la nulidad de las resoluciones demandadas en el hecho de que, al declarar el incumplimiento del contrato, la DINTE desconoció los términos de participación de cada uno de los integrantes de MACROINNOVA y procedió a dicha declaratoria sin tener en cuenta las actividades adelantadas por cada uno de ellos, toda vez que, como acaba de verse, por imperativo legal, la solidaridad pasiva que se predica en relación con los integrantes de la unión temporal está referida respecto del cumplimiento del contrato. En consecuencia, este cargo de la apelación tampoco prospera.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 18 de febrero de 2022, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 25000-23-26-000-2010-00660-01\(53318\).](#)

7. Responsabilidad patrimonial del Estado por muerte de menor de edad, por error en diagnóstico de la paciente.

Síntesis del caso: *Una menor de edad ingresó al servicio de urgencias de la Clínica Centro del ISS, luego fue remitida a la Clínica Los Andes de Barranquilla, donde le diagnosticaron impactación fecal, apendicitis aguda y peritonitis; que fue intervenida quirúrgicamente y que con posterioridad falleció. Aduce la parte actora que el error de diagnóstico y la demora en la atención fue la causa del deterioro progresivo de la salud y la muerte de la paciente.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / MUERTE DEL PACIENTE / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERRORES EN LA ACTIVIDAD MÉDICA / ERROR EN DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / ACREDITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA / DICTAMEN PERICIAL / TRIBUNAL DE ÉTICA MÉDICA / PRUEBA INDICIARIA / AUSENCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALLA PROBADA DEL SERVICIO / DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL

Problema jurídico: *¿Se configuró un error de diagnóstico y su relación causal con el daño?*

Tesis: “La Sala reitera que la falla probada del servicio es el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico asistencial. [...] El demandante debe, pues, demostrar el daño, la falla por una omisión o una acción negligente o irregular de la entidad estatal y el nexo de causalidad, es decir, que la falla médica fue la causa eficiente del daño sufrido. A pesar de que la

carga probatoria es del demandante, la entidad estatal puede exonerar su responsabilidad si acredita la diligencia y cuidado, o que el daño sobrevino como consecuencia de una causa externa, como la culpa de la víctima o el hecho de un tercero, o que fue el desenlace natural de la patología del paciente. Para acreditar la falla y el nexa causal, el demandante puede acudir a todos los medios de prueba, pero en materia médica cobra especial importancia el dictamen pericial y los indicios, los que, a su vez, pueden establecerse a partir de conductas procesales de las partes, como no aportar la historia clínica o hacerlo de forma incompleta, en los términos del artículo 249 CPC. No obstante, la existencia de indicios no es suficiente por sí misma para estructurar los elementos de la responsabilidad. Es necesario que estos sean coherentes con el resto del acervo probatorio, luego de una valoración bajo los criterios de la sana crítica y las reglas de la experiencia. Uno de los momentos de mayor relevancia en la prestación del servicio médico es el diagnóstico, pues sus resultados permiten elaborar toda la actividad que corresponde al tratamiento médico. El error de diagnóstico, que implica un error en el tratamiento, ocurre (i) por indebida interpretación de los síntomas del paciente; (ii) por la omisión de practicar los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto; (iii) cuando no se agotan los recursos científicos y técnicos al alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente, y (iv) por no hacer el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, bien para modificar el diagnóstico o el tratamiento. [...] De conformidad con el acervo probatorio, se demostró que la atención médica recibida por [la menor] fue defectuosa desde el punto de vista institucional, porque, al error de diagnóstico de su primera atención, se sumaron fallas adicionales durante toda la atención que derivaron en su muerte. Esta conclusión tiene su fundamento en la evaluación de la atención que llevó a cabo el comité ad hoc, el Tribunal de Ética Médica del Atlántico y en el reconocimiento que hizo la propia entidad frente al ente de control, inspección y vigilancia en salud, sobre la necesidad de mejorar su estándar de atención. [...] Estas fallas coincidieron con otras irregularidades en relación el registro de la historia clínica, desorganización administrativa y ausencia de profesionales suficientes para atender la demanda de forma adecuada.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 26 de febrero de 2021, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 08001-23-31-000-2002-01887-01\(36562\).](#)

8. Responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación por pérdida de bien incautado, al demostrarse falla del servicio por omisión.

Síntesis del caso: *“La parte actora pretende que se declare la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, por la pérdida definitiva del vehículo de su propiedad (...) que se encontraba bajo custodia de tal entidad y que no fue devuelto a la propietaria, a pesar de la orden impartida por la Fiscalía (...), en el desarrollo de la investigación penal...”*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INVESTIGACIÓN PENAL / INCAUTACIÓN / BIEN INCAUTADO / VEHÍCULO / CUSTODIA DEL BIEN INCAUTADO / DEPÓSITO DEL BIEN INCAUTADO / DEPÓSITO PROVISIONAL DEL BIEN INCAUTADO / ENTREGA DE BIEN INCAUTADO / HECHO DEL TERCERO / RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / FALLA DEL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PÉRDIDA DEL VEHÍCULO RETENIDO POR AUTORIDAD

Problema jurídico 1: *¿La pérdida del vehículo incautado por la Fiscalía General de la Nación, resulta imputable a esta entidad o se configura el eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero?*

Tesis 1: “Para la Sala, a pesar de las actuaciones realizadas por el [tercero] para sustraer el vehículo del parqueadero Cundinamarca, dichas maniobras no desvirtúan la responsabilidad de la entidad demandada, por su omisión en el cumplimiento de las reglas consistentes en el registro, en el control y en la custodia del vehículo (...) durante la investigación penal, lo cual resultó determinante en la concreción del daño alegado en la demanda. (...) [L]a Sala advierte que la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en este caso concreto (...) se configura (...) por incumplir las obligaciones relacionadas con el manejo, registro y control de los bienes dejados a disposición de dicha entidad, que se derivan de la referida Resolución

2026 de 1996 (...), “Por el cual se fijan procedimientos para el manejo, registro y control de los bienes muebles de propiedad o a disposición de la Fiscalía General de la Nación” (...). En ese orden de ideas, la Sala advierte que en el sub examine no está acreditado que la entidad demandada hubiese realizado algún acto de custodia sobre el vehículo (...), pues fue dejado a la deriva en un parqueadero y se desconocieron las obligaciones de conservación que le asistían en relación con la protección de los bienes dejados a su disposición, establecidas en la Resolución 2026 de 1996, lo que configuró la falla en el servicio de la entidad demandada, y permitió la pérdida del bien (...). Por lo expuesto, se considera que el daño alegado le resulta imputable a la Fiscalía General de la Nación porque la omisión en el cumplimiento de sus deberes de custodia sobre el vehículo de la actora fue determinante en su pérdida.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el incumplimiento del deber de custodia de los bienes incautados, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de febrero de 2021, rad. 63130, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INVESTIGACIÓN PENAL / INCAUTACIÓN / BIEN INCAUTADO / VEHÍCULO / ENTREGA DE BIEN INCAUTADO / PÉRDIDA DEL VEHÍCULO RETENIDO POR AUTORIDAD / VEHÍCULO DE TRANSPORTE PÚBLICO / LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE

Problema jurídico 2: ¿Ante la pérdida del vehículo incautado y la acreditación de su explotación económica, por cuánto tiempo procede el reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante?

Tesis 2: “En estos asuntos, en los que se reclama por la pérdida o por el deterioro de cosas materiales, la Corporación ha reconocido un período máximo de indemnización seis (6) meses desde el momento en que se ordena la devolución del vehículo a su propietario, toda vez que a la víctima se le impone el deber de desarrollar una actividad tendiente a mitigar el perjuicio y resulta inviable un reconocimiento por un término ilimitado.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la tasación del lucro cesante en casos de pérdida o deterioro de vehículos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2017, rad. 42912, C. P. Ramiro Pazos Guerrero, providencia de 23 de octubre de 2020, rad. 60073, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia de 25 de febrero de 1999, rad. 14655, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 12 de septiembre de 2002, rad. 13395, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 19 de julio de 2000, rad. 1324, C. P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 11 de mayo de 2006, rad. 14694, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 8 de junio de 1999, rad. 13540, C. P. Daniel Suárez Hernández; y sentencia de 5 de marzo de 2015, rad. 33699, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 4 de marzo de 2022, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25269-33-31-901-2005-02399-01\(67405\).](#)

6
SECCIÓN
CUARTA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La notificación a la dirección procesal prevista en el artículo 564 del Estatuto Tributario solo opera ante la manifestación expresa del interesado de ser notificado en una dirección diferente a la que figura en el RUT.

Síntesis del caso: Se confirmó la sentencia que anuló los actos administrativos por los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta que la parte actora presentó por el año gravable 2010 y, como restablecimiento del derecho, se declaró en firme la referida tal declaración. Para el efecto; la Sala señaló que la liquidación oficial de revisión acusada se notificó por fuera del término legal de seis meses previsto en el artículo 710 del Estatuto Tributario, dado que en el caso operó la notificación por conducta concluyente, la cual fue posterior al vencimiento de dicho término. La Sala indicó que, en materia tributaria, la regla general es que la notificación por correo se surta con la entrega de una copia del acto en la dirección informada en el RUT, salvo que «en la actuación administrativa tributaria, el contribuyente haya fijado una **dirección especial** para efecto de la notificación de los actos administrativos que se profieran en el respectivo proceso», caso en el cual la Administración debe atender dicha dirección, conforme a lo dispuesto en el artículo 564 ET. En consecuencia, el envío de la liquidación oficial a una dirección errada, esto es, diferente de la informada por el contribuyente por cualquiera de los medios señalados (RUT, última declaración de renta, formato oficial de cambio de dirección o manifestación expresa del contribuyente), obliga a que la Administración lo reenvíe a la dirección correcta para que la notificación se surta en debida forma, según los precisos términos del artículo 567 del ET. Concluyó que en el caso se probó que el correo se envió a una dirección diferente a la informada en el RUT, por lo que la DIAN debió subsanar el error y enviar nuevamente la liquidación de revisión a la dirección correcta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 567 del ET y en aras de garantizar que el contribuyente pudiera conocer dentro del término legal el acto de determinación tributaria. Lo anterior, dado que la dirección contenida en la respuesta al requerimiento especial no se trató de una dirección procesal, porque no difirió de la señalada en el RUT e indicó que el uso de la dirección procesal prevista en el artículo 564 del ET, sólo opera ante la manifestación expresa del interesado de ser notificado en una dirección diferente a la que figura en el RUT, situación que no ocurrió en el caso analizado. Indicó que ante el cambio de dirección, que fue debidamente informado por la contribuyente mediante la actualización del RUT, la entidad demandada debió observar una conducta de probidad y diligencia en la función pública y subsanar el error cuando la empresa de mensajería se lo advirtió y enviar nuevamente la liquidación de revisión a la dirección correcta, sin que le fuera dable acudir a la notificación subsidiaria prevista en el artículo 568 ib., la cual fue irregular.

NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FINALIDAD DE LA NOTIFICACIÓN / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO / CLASES DE NOTIFICACIÓN EN DERECHO TRIBUTARIO – Reglas para la notificación por correo certificado / REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN POR CORREO CERTIFICADO EN MATERIA TRIBUTARIA - Entrega copia del acto en la última dirección informada en el RUT / NOTIFICACIÓN A DIRECCIÓN ERRADA EN DERECHO TRIBUTARIO – Procede la corrección del error dentro del término previsto para la notificación del acto / PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACIÓN POR CORREO CERTIFICADO – Condiciones. Subjetiva y objetiva / EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN POR CORREO CERTIFICADO – La entrega de la copia del acto en la dirección informada es el elemento determinante de ese tipo de notificación / NOTIFICACIÓN POR CORREO CERTIFICADO - Regla general y regla especial / NOTIFICACIÓN A DIRECCIÓN DISTINTA A LA INFORMADA EN DERECHO TRIBUTARIO – Permite a los contribuyentes suministrar como dirección procesal otra diferente a la que figura en el RUT / DIRECCIÓN PROCESAL TRIBUTARIA / NOTIFICACIÓN A DIRECCIÓN PROCESAL - Opera por manifestación expresa del interesado de ser notificado en una dirección distinta a la que figura en el RUT / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD – Materialización / PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA - Alcance / NOTIFICACIÓN POR AVISO EN PÁGINA WEB DE LA DIAN – Improcedencia /

NOTIFICACIÓN POR CONDUCTA CONCLUYENTE EN DERECHO TRIBUTARIO / FIRMEZA DE LA DECLARACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Notificación extemporánea de la liquidación oficial de revisión / PROCEDENCIA DE LA NULIDAD DE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN – Falta de notificación dentro del término legal / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: *¿La liquidación oficial de revisión que modificó la declaración del impuesto sobre la renta que la parte actora presentó por el año gravable 2010 se notificó dentro del término previsto en el artículo 710 del Estatuto Tributario?*

Tesis: “[L]a notificación de los actos administrativos es un elemento esencial del debido proceso, pues busca proteger el derecho de defensa y contradicción. La notificación garantiza que las actuaciones administrativas sean conocidas por los administrados, para que puedan controvertirlas a través de los recursos en sede administrativa o judicial, según sea el caso. El artículo 565 del ET regula las formas de notificación de las actuaciones de la administración de impuestos. En el párrafo primero, dispone que: «La notificación por correo de las actuaciones de la administración, en materia tributaria, (...) se practicará mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Único Tributario - RUT. (...). Cuando la notificación se efectúe a una dirección distinta a la informada en el Registro Único Tributario, RUT, habrá lugar a corregir el error dentro del término previsto para la notificación del acto» [...]. Como lo ha señalado la Sala, la notificación por correo supone exclusivamente dos condiciones: (i) una subjetiva, relacionada con el destinatario del correo, y (ii) otra objetiva, referida al lugar de destino del mismo, las cuales se cumplen con la entrega efectiva de una copia del acto a notificar en la última dirección informada por el contribuyente. Así, la «entrega» de la copia del acto a notificar en la dirección informada por el contribuyente es, pues, el elemento determinante de la notificación por correo. La regla general es que la notificación por correo se surta con la entrega de una copia del acto en la dirección informada en el RUT, salvo que «en la actuación administrativa tributaria, el contribuyente haya fijado una dirección especial para efecto de la notificación de los actos administrativos que se profieran en el respectivo proceso», caso en el cual la Administración debe atender dicha dirección, conforme a lo dispuesto en el artículo 564 ET. [...] Sobre el alcance del artículo 564 del ET, la Sección ha hecho dos precisiones: la primera, es que la facultad contenida en la norma, se predica, en general, del procedimiento administrativo tributario, y la segunda que constituye una disposición especial en el régimen de notificaciones en materia tributaria que «[...] permite a los contribuyentes, responsables, agentes retenedores o declarantes suministrar como dirección procesal otra diferente a la que figura en el RUT, a efectos de mantener el control de los procesos de determinación de impuestos. En esa medida, esa dirección podría corresponder a la dirección de los apoderados o a una dirección del contribuyente, responsable o agente retenedor que no coincida con la que obligatoriamente se debe suministrar en el RUT. Por eso, el citado artículo exige que se notifique a esa dirección si se la ha suministrado expresamente [...]». Por tratarse de una posibilidad especial, que se le concede al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, «a efectos de mantener el control de los procesos de determinación de impuestos, es lógico que sólo opere ante la manifestación expresa del interesado, de ser notificado en una dirección procesal diferente a la que figura en el RUT» [...]. El diccionario de la lengua española define el término «especial» como «singular o particular, que se diferencia de lo común o general». Así, la especialidad consagrada en la norma, a la que ha aludido esta Sección en distintos pronunciamientos, radica en que se otorga la posibilidad de informar una dirección diferente a la consignada en el RUT, pues el hecho de que sean coincidentes descarta que se trate de una dirección procesal. Por lo tanto, el deber de atención de la Administración -al que se refiere la misma norma- implica verificar, cuando el contribuyente ejerce esta opción que, en realidad, se está ante una dirección distinta a la registrada en el RUT, puesto que se debe asegurar que el contribuyente conozca el contenido de las decisiones de la Administración y, en esa medida, se materialice el principio de publicidad y, por esa vía, el debido proceso. En consecuencia, el envío de la liquidación oficial a una dirección errada, esto es, diferente de la informada por el contribuyente a través de cualquiera de los medios señalados (RUT, última declaración de renta, formato oficial de cambio de dirección o manifestación expresa del contribuyente), obliga a que la Administración lo reenvíe a la dirección correcta para que la notificación se surta en debida forma, según los precisos términos del artículo 567 del ET. [...] Se observa que el requerimiento especial 312382013000047 se notificó el 22 de marzo de 2013, por lo que el término de tres meses con que contaba la actora para responder dicho acto vencía el 22 de junio del mismo año que, por ser sábado, se trasladó al día hábil siguiente, esto es, al 24 de junio de 2013, fecha a partir de la cual se empezaron a contar los seis meses previstos por el artículo 710 del ET, para expedir y notificar la liquidación oficial de revisión, cuyo vencimiento ocurrió el 24 de diciembre de 2013. Asimismo, se advierte que, contrario a lo afirmado por la demandada, la dirección contenida en la respuesta al requerimiento especial no se trató de una dirección procesal en cuanto no difirió de la señalada en el RUT; se reitera - como se ha expresado en los precedentes- que lo dispuesto en el artículo 564 del ET, solo opera ante la manifestación expresa del interesado, de ser notificado en una dirección diferente a la que figura en el RUT; se enfatiza en que el deber de la Administración no se puede limitar a hacer una simple comprobación de la dirección incluida en el memorial o escrito de respuesta al requerimiento especial, sino que conlleva

la obligación de confrontarla con la registrada en el RUT a fin de determinar si, efectivamente, se trataba de una dirección especial y diferente de la del domicilio fiscal -que primó durante todo el proceso administrativo como bien lo advirtió el a quo- que le permitiera catalogarla como procesal. En efecto, le asiste razón al Tribunal cuando afirma que «la DIAN interpretó de manera errónea el concepto de dirección procesal previsto en el artículo 564 del ET, toda vez que en el proceso administrativo la sociedad siempre tuvo como dirección para notificaciones la registrada en el RUT, razón por la cual debió remitir el acto a esta dirección que, para la época de los hechos, ya se encontraba actualizada y vigente, en aplicación del artículo 563 del ET». El anterior acervo probatorio demuestra, además, que el cambio de dirección fue informado a la Administración por medio de la actualización del RUT, la cual quedó formalizada el 23 de agosto de 2013 -con lo cual la dirección antigua estuvo vigente hasta el 23 de noviembre de 2013-; y que la funcionaria encargada de la proyección de la liquidación oficial accedió a esta información cuando generó la impresión del documento que le mostraba que para la fecha de expedición del acto ya se había modificado la dirección de la contribuyente que, se insiste, no era otra distinta a la consignada en el RUT. Por lo tanto, ante el cambio de dirección debidamente informado y evidenciado por la funcionaria a cargo del expediente cuando consultó el RUT, la entidad demandada debió observar una conducta de probidad y diligencia en la función pública, como la que observó en otros procesos (aduaneros) adelantados a la sociedad, en los cuales procedió de la siguiente manera [...]. Así, en virtud del principio de eficacia consagrado en los artículos 209 de la CP y 3 del CPACA, que debe imperar en la función administrativa, la entidad recurrente debió subsanar el error cuando la empresa de mensajería le advirtió de la devolución del correo por la causal “destinatario se trasladó” y enviar nuevamente la liquidación de revisión a la dirección correcta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 567 del ET y en aras de garantizar que la demandante pudiera conocer dentro del término legal el acto por el cual se le determinó el impuesto de renta por el año gravable 2010. Según la guía de correo obrante en el expediente, entre la fecha de envío del acto (16 de diciembre de 2013) y la fecha de su devolución (17 de diciembre de 2013), transcurrió un día, por lo que aún contaba con tiempo suficiente (entre el 18 y el 23 de diciembre) para remitir nuevamente el acto liquidatorio a la dirección correcta, esto es, a la registrada en el RUT -que fue por la que se rigió la actora en este proceso y en los adelantados por otras seccionales o dependencias de la misma Administración- para dar cumplimiento al término previsto en el artículo 710 del ET. En consecuencia, no le era dable acudir a la notificación subsidiaria prevista en el artículo 568 ib., la cual fue irregular y, por lo tanto, como la liquidación de revisión se podía expedir y notificar hasta el 24 de diciembre de 2013, al entenderse notificada por conducta concluyente el 9 de enero de 2014, resulta extemporánea. Así pues, como se notificó por fuera del plazo legalmente establecido, en los términos del artículo 714 del Estatuto Tributario, la declaración privada adquirió firmeza, por lo que, como lo concluyeron el a quo y el Ministerio Público, los actos acusados adolecen de nulidad, conforme al artículo 730 [3] del ET, vigente para la época de los hechos.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de marzo de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-37-000-2015-01054-01 \(24797\).](#)

2. Para modificar las autoliquidaciones tributarias presentadas por los contribuyentes no se requiere de su consentimiento previo. La Sala explica cuándo procede la figura de la revocatoria directa en materia tributaria.

Síntesis del caso: *Se confirmó la sentencia que anuló parcialmente los actos administrativos acusados, en los que la DIAN modificó la declaración de renta que la entidad sin ánimo de lucro demandante presentó por el año gravable 2013. Para el efecto, la Sala analizó la procedencia de la figura de la revocatoria directa respecto de los actos de determinación tributaria y concluyó que aunque la liquidación oficial de revisión que se discute es un acto administrativo modificatorio de la declaración privada del contribuyente, por el cual se crea una situación jurídica particular y concreta que lo afecta, al cambiar los términos de la obligación tributaria sustancial a su cargo, se trata de un acto expedido en ejercicio de las facultades de fiscalización e investigación de la administración tributaria, cuya modificación o revocatoria depende, en principio, de la procedencia de los recursos que se interpongan en su contra; o, en otro supuesto, de que una vez en firme dicho acto se revoque unilateralmente por la administración, caso en el cual sí es exigible el requisito del consentimiento previo y expreso del contribuyente. Al respecto la Sala precisó que la modificación que se hace a la declaración privada del contribuyente a través de la liquidación*

oficial de revisión no corresponde al mecanismo de revocatoria directa, pues no tiene por objeto una decisión administrativa, sino modificar dicha liquidación privada en virtud de las facultades conferidas por el artículo 702 del E.T., liquidación privada que no tiene el carácter de acto administrativo, y por tanto, resulta ajena a la figura de la revocatoria mencionada. De otra parte, la Sala señaló que la demandante no perdió su calidad de entidad sin ánimo de lucro contribuyente del régimen tributario especial, con ocasión de la "venta de acciones" que efectuó, dado que utilizó tal expresión para describir una operación de capitalización por falta de liquidez, sin que se demostrara que esta implicó la distribución de excedentes que prevé el parágrafo 2 del artículo 1 del Decreto 4400 de 2004, sino que derivó en un mayor valor del patrimonio de la corporación y no en una ganancia o excedente en favor de los asociados de manera individual. No obstante, la Sala concluyó que la actora no desvirtuó la adición de ingresos contenida en la liquidación oficial de revisión acusada, derivada del rechazo del valor de la renta exenta que autoliquidó en aplicación del artículo 19 del Estatuto Tributario en consonancia con el artículo 356 ib., dado que el excedente no está cobijado con la exención tributaria porque no se probó su inversión y ejecución en actividades que desarrollaran el objeto social de la demandante, caso en el cual se pierde el beneficio fiscal y el excedente no ejecutado constituye ingreso gravable en el año en que ello ocurra.

REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Noción y alcance / ACCIÓN DE LESIVIDAD - Procedencia / FACULTADES DE FISCALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN / REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO – Procedencia / NATURALEZA JURÍDICA DE LA LIQUIDACIÓN PRIVADA DEL TRIBUTO - No tiene el carácter de acto administrativo / MODIFICACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN PRIVADA DEL TRIBUTO MEDIANTE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN - Alcance. No corresponde al mecanismo de la revocatoria directa / NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO DEL CONTRIBUYENTE PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN PRIVADA DEL TRIBUTO - Improcedencia / NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO DEL CONTRIBUYENTE PARA LA EXPEDICIÓN DE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN - Improcedencia

Problema jurídico 1: *¿La DIAN estaba facultada para expedir la liquidación oficial de revisión acusada, por la cual modificó la declaración de renta que la parte demandante presentó por el año gravable 2013, sin que para ello debiera contar con el consentimiento expreso del contribuyente?*

Tesis 1: "El artículo 73 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé la revocatoria directa como un mecanismo que tiene la autoridad para dejar sin efecto sus propios actos administrativos de contenido particular y concreto, previo consentimiento expreso del particular titular del derecho o de la situación jurídica alterada mediante el acto revocado. En caso de que no obtener la aprobación del particular para revocar el acto, la administración debe demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En el presente caso, si bien la liquidación oficial de revisión que se discute es un acto administrativo expedido por la DIAN que modificó la declaración privada del contribuyente, creándole una situación jurídica particular y concreta, este es un acto expedido en ejercicio de sus facultades de fiscalización e investigación tributaria, cuya modificación o revocatoria depende en principio de la procedencia de los recursos que se interpongan contra ella; o en otro supuesto, de que una vez en firme sea revocada unilateralmente por la administración, caso en el cual sí es exigible el requisito del consentimiento previo y expreso del demandante. La revocatoria directa se predica respecto de actos administrativos expedidos por la administración que crean o modifican una situación jurídica de carácter particular, y que no cabe modificar al resolverse los recursos procedentes contra la misma. Esta figura no opera frente a las declaraciones privadas presentadas por los contribuyentes, en tanto tales declaraciones no son manifestaciones de voluntad emanadas de una entidad pública. Aun cuando la liquidación oficial de revisión, como acto administrativo, contiene una decisión de la autoridad tributaria en la que se modifica la declaración de renta del demandante, y con ello modifica o crea una situación jurídica particular al cambiar los términos de la obligación tributaria sustancial a su cargo, tal situación jurídica solo es definitiva si no se interpone el recurso procedente en sede administrativa, o si interpuesto el recurso, se niega en su totalidad. La modificación que efectúa este acto frente a la declaración privada del contribuyente no corresponde al mecanismo de revocatoria directa, pues no tiene por objeto una decisión administrativa, sino modificar la liquidación privada del contribuyente en virtud de las facultades conferidas en el artículo 702 del E.T., liquidación privada que no tiene el carácter de acto administrativo, y por tanto, resulta ajena a esta figura."

RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL - Aplicación / CORPORACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO / RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Requisitos / DETERMINACIÓN DEL BENEFICIO

NETO O EXCEDENTE PARA CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL / BENEFICIO NETO O EXCEDENTE PARA CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Requisitos / EXENCIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE PARA CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Requisitos / BENEFICIO NETO O EXCEDENTE NO EXENTO PARA CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Carácter de renta gravable. Tarifa / CORPORACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO CONTRIBUYENTE DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Requisitos / DISTRIBUCIÓN DE EXCEDENTES – Noción / PÉRDIDA DEL CARÁCTER DE ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO – No configuración / EXENCIÓN TRIBUTARIA – Noción y alcance / CONTRIBUYENTE PERTENECIENTE AL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Configuración / DESTINACIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE – Alcance / APROBACIÓN DE LA DESTINACIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE – Competencia. Debe ser autorizada por el máximo órgano directivo / EXENCIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE PARA CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL – Incumplimiento de requisitos legales / ADICIÓN DE RENTA GRAVABLE POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PARA LA EXENCIÓN DEL BENEFICIO NETO O EXCEDENTE DE CONTRIBUYENTE DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO ESPECIAL - Legalidad

Problema jurídico 2: ¿La demandante es contribuyente del régimen tributario especial o del régimen tributario ordinario? ¿De encontrarse en el primer supuesto, cumplió los requisitos previstos en el artículo 9 del Decreto Reglamentario 4400 de 2004 para acceder a la exención sobre el beneficio neto o excedente de que trata el artículo 358 del Estatuto Tributario, para las entidades sometidas al régimen tributario especial?

Tesis 2: “Para efectos del impuesto sobre la renta, el artículo 19 del Estatuto Tributario antes de la modificación de la Ley 1819 de 2019, consagra el régimen tributario especial para las corporaciones sin ánimo de lucro cuyo objeto social corresponda a actividades de interés general en las áreas de salud, educación formal, cultura, deporte aficionado, investigación científica o tecnológica, y protección ambiental, o a programas de desarrollo social. Conforme con el artículo 356 del ET, los contribuyentes que cumplan los requisitos del citado artículo 19 *ibídem*, están sometidos al régimen tributario especial, y sujetos al impuesto de renta y complementarios sobre el beneficio neto o excedente determinado de conformidad con el artículo 357 *ib.*, a la tarifa única del 20%. En virtud de los artículos 358 y 359 *ib.*, el beneficio neto tiene el carácter de exento si se destina directa o indirectamente, en el año siguiente a aquel en el cual se obtuvo, a programas que desarrollen dicho objeto social, siempre y cuando las actividades sean de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad. La parte del beneficio neto o excedente que no se invierta en los programas que desarrollen su objeto social será gravable en el año en que esto ocurra, a la tarifa del 20%. De acuerdo con el artículo 1.º del Decreto 4400 de 2004 -reglamentario del régimen especial tributario previsto en el artículo 19 del ET-, las corporaciones sin ánimo de lucro son contribuyentes del régimen especial siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos: i) El objeto social principal sea la realización de actividades de salud, deporte, educación formal, cultura, o programas de desarrollo social; ii) las actividades que realice sean de interés general; y iii) Que sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social. En los términos del párrafo 2 *ib.*, se entiende que no tienen ánimo de lucro las entidades cuando los excedentes obtenidos en desarrollo de sus actividades no se distribuyen en dinero ni en especie a los asociados o miembros de la entidad, ni aún en el momento de su retiro o por liquidación, para lo cual se considera distribución la transferencia de dinero, bienes o derechos a favor de los asociados, miembros o administradores, sin una contraprestación a favor de la entidad. (...) Conforme con el certificado de existencia y representación de la demandante, es claro que fue constituida como una entidad sin ánimo de lucro dedicada a actividades de interés general que propenden el mejoramiento social, ya que presta el servicio de salud a la población de Florencia conforme con su objeto social, por lo que está sujeta al régimen tributario especial consagrado en el artículo 19 del ET, y por ello se encuentra sujeta al pago del impuesto de renta liquidado a una tarifa del 20%. (...) De acuerdo con lo señalado en el acta de la asamblea de los asociados, y el balance de prueba del año 2012, no existe prueba de que la vinculación del tercero supuso un acto de lucro en la medida que no está acreditado que los antiguos asociados o los nuevos miembros de la corporación obtuvieran una ganancia monetaria con ocasión de la mencionada operación de capitalización o “venta”; por el contrario, la demandante registró la suma de dinero percibida como un anticipo y avance en la cuenta del activo de la corporación, lo que supone que los recursos fueron recibidos por la corporación, y no por los antiguos asociados, lo que descarta que estos hubiesen obtenido o perseguido la obtención de un lucro o excedente con la inyección de recursos a la entidad demandante, a pesar de haber utilizado la expresión “venta de acciones” para describirla en las actas analizadas. En ese orden, la “venta de las acciones” realmente correspondió a una decisión de la corporación como entidad, dirigida a obtener la participación de un tercero mediante la obtención de una suma de dinero que le diera mayor liquidez, suma que incrementó el patrimonio de la entidad y no el de sus asociados en particular, razón por la cual no se cumple con el presupuesto del párrafo 2 del artículo 1 del Decreto 4400 de 2004 para que la demandante pierda su

calidad de entidad sin ánimo de lucro, y por ello, se asimile a un sociedad de responsabilidad limitada y deba tributar en los términos fijados por el régimen ordinario aplicable a las sociedades comerciales. Así, para la Sala, la demandante no incumplió con lo dispuesto en el artículo 19 del ET en consonancia con el artículo 1.º del Decreto 4400 de 2004 para ser considerada como una entidad sin ánimo de lucro sujeta al régimen especial tributario, dado que su objeto social es de interés general conforme con las contempladas en el ET, la comunidad tiene acceso a ella; y sus aportes no son reembolsados ni sus excedentes distribuidos durante la existencia o posterior liquidación de la entidad. (...) Ahora bien, frente al cumplimiento de los requisitos para acceder a la exención del beneficio neto o excedente en los términos del artículo 358 del ET, la Sala precisa que el beneficio neto o excedente de los años 2012 y 2013, que ascendió a \$377.909.000, fue destinado por la junta directiva para mejoras de la planta física de la clínica y la actualización de programas operativos, mas no existe prueba de la reinversión en el año 2013 y 2014, respectivamente, de tales excedentes por parte de la asamblea de miembros activos como máximo órgano directivo de la corporación, razón por la cual no se cumple con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 4400 de 2004. A esta circunstancia se añade que, mediante Acta nro. 2 de 27 de marzo de 2014, la junta directiva decidió reinvertir los excedentes de los años gravable 2012 y 2013; sin embargo, dicha decisión fue posterior a la presentación de la declaración de renta del año 2012, y se reitera fue proferida por la junta directiva y no por la asamblea de miembros activos como máximo órgano directivo, exigencias previstas en la norma tributaria. A ese respecto, la Sección Cuarta en sentencia del 14 de abril de 2011, precisó que “el contribuyente deberá, previo a la presentación de su declaración de renta, aprobar en su asamblea general o máximo órgano directivo que haga sus veces, la destinación de los excedentes”. Lo anterior, por cuanto “el término exento indica beneficiado en razón de circunstancias especialmente señaladas por la ley, que para el caso de las entidades sin ánimo de lucro, implica que las actividades estimuladas fiscalmente junto con la destinación del beneficio neto o excedente deben estar previamente aprobadas por la Asamblea u órgano directivo que haga sus veces”. Así mismo, esta Sala dijo al respecto que “el requisito de destinación del beneficio neto o excedente dentro del año siguiente al de su obtención, supone, además de la aprobación de manera previa por la asamblea general u órgano directivo que haga sus veces, que se cumpla con su ejecución”. A su vez, ha señalado que “estas asignaciones debían ser anunciadas, desde las asambleas generales u órganos directivos, con la indicación del objetivo de las mismas y los programas o las actividades a las cuales estarían destinadas. A su turno, deben “registrarse en una cuenta especial del patrimonio”. En consecuencia, “el empleo de los recursos de las asignaciones permanentes, en forma distinta a las actividades permitidas por el régimen tributario especial, las convertía en ingreso gravado a una tarifa del 20 %.” De manera que para la Sala, la redacción del acta nro. 2 de la Junta Directiva de la corporación de fecha del 27 de marzo de 2014, no refleja una decisión adoptada por la asamblea general o el máximo órgano directivo. Además, la contribuyente no allegó prueba alguna que demuestre y dé certeza de que el beneficio neto o excedente haya sido invertido y ejecutado en actividades que desarrollan el objeto social de la demandante. En ese orden, como lo ha considerado la Sala, el Estado concede la exención del impuesto sobre la renta renunciando al gravamen, con la condición de que el excedente sea efectivamente destinado a los fines del objeto social de la entidad sin ánimo de lucro o a las actividades de salud, educación, cultura que son de interés general y ameritan la exención, ya que no tendría sentido que se dieran ventajas fiscales a las corporaciones por aplicar sus excedentes a la realización de inversiones, y a su vez permitir que estas se destinen a fines distintos de los que pretende incentivar el legislador, o no se ejecuten conforme al destino que en tal sentido se les dio. En estos casos, la corporación pierde el beneficio fiscal y el excedente no ejecutado es ingreso gravable en el año en que esto ocurra. En consecuencia, la Sala considera que la corporación demandante no desvirtuó la adición de ingresos efectuada por la DIAN, razón por la cual dicho excedente no está cobijado con la exención tributaria. Sin embargo, y en consideración a que la demandante sí está sujeta al régimen especial tributario a una tarifa del 20%, por tratarse de una entidad sin ánimo de lucro, no le es aplicable la renta presuntiva, y no está obligada al cálculo del anticipo conforme al artículo 19 del Decreto 4400 de 2004.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de marzo de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 18001-23-33-000-2018-00118-01 \(25520\).](#)

3. En razón de la declaratoria de ilegalidad parcial del artículo 273 de la Ordenanza 62 de 2014 de la Asamblea del departamento de Antioquia, que reguló el hecho generador de la Estampilla Universidad de Antioquia de cara al tercer siglo de labor, se anulan parcialmente los artículos 272, 274, 275, 277 y 278 de

la misma ordenanza, que regulan otros elementos del tributo, así como su sistema de recaudo, al estar estructurados con base en un hecho imponible ilegal.

Síntesis del caso: Se anularon parcialmente los artículos 272, 273, 274 (literal a), 275 (literal a), 277 y 278 (literal a) de la Ordenanza 62 del 19 de diciembre de 2014, en los que la Asamblea del departamento de Antioquia reguló algunos de los elementos de la Estampilla Universidad de Antioquia de Cara al Tercer Siglo de Labor (arts. 272 a 275), estableció la declaración y pago (art. 277) y el sistema de recaudo del tributo (art. 278 literal a). Para adoptar esta decisión, la Sala señaló que, conforme con los artículos 3 y 5 de la Ley 122 de 1994, dicha estampilla solo se causa por actos gravados emitidos o expedidos en el territorio del departamento de Antioquia, siempre que en el acto intervenga un funcionario de la entidad territorial competente para adherir la respectiva estampilla física, único sistema de recaudo del tributo autorizado por la citada ley. E indicó que si bien el legislador otorgó un amplio margen a la Asamblea de Antioquia para determinar los actos gravados con el impuesto al no delimitarlos en forma expresa en la referida ley, al paso que en el artículo 9 ibídem la autorizó para incluir dentro de los hechos y actividades económicas gravados a «los licores, alcoholes, cervezas y juegos de azar», ello no implica que pueda gravarlos todos, sino que tal facultad se debe interpretar de forma sistemática con los artículos 3 y 5 de la misma ley, de modo que la Asamblea podrá gravar con la estampilla los actos relacionados con licores, alcoholes, cervezas y juegos de azar en cuya expedición y perfeccionamiento intervenga uno de sus funcionarios, legalmente competente para adherir la estampilla. En ese orden de ideas, por no determinar cuál era el acto documental gravado en el que interviniera un funcionario de la entidad territorial, la Sala anuló el aparte acusado del artículo 273 de la Ordenanza 62 de 2014, que establecía el hecho generador de la estampilla sobre el consumo de licores, vinos, aperitivos y similares y, consecuentemente, declaró la nulidad de las demás disposiciones parcialmente acusadas, que regulaban el recaudo y otros elementos del impuesto, al estar estructurados con base en un hecho generador ilegal, para lo cual reiteró que la declaratoria de nulidad del hecho generador del tributo genera la nulidad de los demás elementos de la obligación fiscal que se estructuran con base en el mismo.

HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Ilegalidad del artículo 273 parcial de la Ordenanza 62 de 2014 al gravar el consumo de licores, vinos, aperitivos y similares sin determinar el acto documental gravado relacionado con licores, vinos, aperitivos y similares, en cuya expedición interviniera un funcionario de la entidad territorial / TORNAGUÍA - Concepto y finalidad. Reiteración de jurisprudencia / LEGALIZACIÓN DE LA TORNAGUÍA - Concepto y finalidad. Reiteración de jurisprudencia / SISTEMA DE RECAUDO DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR EN LA ORDENANZA 062 DE 2014 - No está relacionado con la adhesión de una estampilla en las tornaguías emitidas o legalizadas por un funcionario del departamento, sino en la presentación de una declaración / SUJETOS PASIVOS DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Ilegalidad del artículo 272 parcial de la Ordenanza 62 de 2014 al estar estructurado con base en un hecho generador ilegal / BASE GRAVABLE DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Ilegalidad del literal a) del artículo 274 de la Ordenanza 62 de 2014 al estar estructurado con base en un hecho generador ilegal / TARIFA DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Ilegalidad del literal a) del artículo 275 de la Ordenanza 62 de 2014 al estar estructurado con base en un hecho generador ilegal / SISTEMA DE RECAUDO DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Ilegalidad del artículo 277 parcial de la Ordenanza 62 de 2014 al estar estructurado con base en un hecho generador ilegal / TRANSFERENCIA DEL RECAUDO DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Ilegalidad del literal a) del artículo 278 de la Ordenanza 62 de 2014 al estar estructurado con base en un hecho generador ilegal / ILEGALIDAD DEL HECHO GENERADOR O HECHO IMPONIBLE DEL TRIBUTO - Efectos jurídicos. Reiteración de jurisprudencia. La declaratoria de nulidad del hecho generador del tributo genera la nulidad de los demás elementos de la obligación fiscal que se estructuran con base en el mismo

Problema Jurídico: ¿Se ajustan a la legalidad los apartes acusados de los artículos 272, 273, 274 (literal a), 275 (literal a), 277 y 278 (literal a) de la Ordenanza 62 del 19 de diciembre de 2014, mediante los

cuales la Asamblea del departamento de Antioquia reguló los elementos y el sistema de recaudo de la Estampilla Universidad de Antioquia de Cara al Tercer Siglo de Labor?

Tesis: “[L]a demanda pretende la nulidad de diferentes disposiciones de la Ordenanza Nro. 62 de 2014, por lo que los cargos de la apelación serán analizados según el contenido de cada uno de ellos. 1.3. El artículo 273 de la Ordenanza Nro. 62 de 2014 regula el hecho generador y, en el aparte acusado, dispone que consiste en «*El consumo de licores, vinos, aperitivos y similares en el Departamento de Antioquia*». Como fue expuesto, los artículos 3, 5 y 9 de la Ley 122 de 1994 autorizaron gravar con la Estampilla Universidad de Antioquia de Cara al Tercer Siglo de Labor los actos en que intervenga un funcionario de las entidades territoriales y que estén relacionados con licores, alcoholes, cervezas y juegos de azar. Además, no precisó cuáles son los actos objeto del gravamen, por lo que la Asamblea Departamental de Antioquia es la competente para determinar este aspecto del hecho gravable. No obstante, la Ordenanza Nro. 62 de 2014 no identificó ningún acto como gravado en el aparte transcrito y acusado. Según se observa, se limitó a señalar que está gravado el «*consumo*» de licores, vinos, aperitivos y similares. El Departamento de Antioquia y el Tribunal afirmaron que la emisión de tornaguías es el acto documental que instrumentaliza el hecho generador de la Estampilla Universidad de Antioquia de Cara al Tercer Siglo de Labor. Al respecto, en un caso similar, esta Sección señaló que la tornaguía es el documento que expide el funcionario competente para autorizar la salida y movilización de los productos gravados con el impuesto al consumo o que sean objeto del monopolio rentístico de licores de una entidad territorial a otra. Mientas que la legalización de la tornaguía es el acto que profiere el funcionario competente de destino para dar fe que la mercancía llegó a su jurisdicción. No obstante, el artículo 273 de la Ordenanza Nro. 62 de 2014 no establece de forma expresa ningún acto gravado, ni siquiera menciona las tornaguías o su legalización. Se reitera que solo indica que el hecho gravable consiste en el «*consumo*», lo cual no implica la emisión de ningún documento por parte de un funcionario de la entidad territorial. Tampoco es posible afirmar que el acto gravado son las tornaguías al realizar una integración normativa con los demás artículos de la ordenanza. Por el contrario, se observa que los artículos 73, 87 y 277 de la Ordenanza Nro. 62 de 2014 establecen que los importadores, productores, comercializadores y distribuidores de licores, vinos, aperitivos y similares tienen la obligación de declarar y pagar la estampilla en los mismos plazos y condiciones para declarar y pagar el impuesto al consumo y la participación porcentual de los licores objeto de monopolio rentístico. Es decir, que el sistema de recaudo regulado en la ordenanza no está relacionado con la adhesión de una estampilla en las tornaguías emitidas o legalizadas por un funcionario del Departamento de Antioquia, sino en la presentación de una declaración. Con base en lo expuesto, el hecho generador definido en el aparte acusado del artículo 273 de la Ordenanza Nro. 62 de 2014 desconoció los parámetros de la Ley 122 de 1994 porque no determinó un acto documental en el que interviene un funcionario de la entidad territorial y relacionado con licores, alcoholes, cervezas o juegos de azar; sino que gravó el «*consumo*» de licores, vinos, aperitivos y similares. Ahora, esta Sala declaró la legalidad condicionada de algunas ordenanzas que identifican los actos gravados, pero no señalan que es necesario que intervenga un funcionario de la entidad territorial. Sin embargo, en esta ocasión no es posible adoptar una decisión similar porque el artículo 273 de la Ordenanza Nro. 62 de 2014 no determinó cuál es el acto documental gravado. En este orden, lo expuesto es suficiente para declarar la nulidad de la expresión «*El consumo de licores, vinos, aperitivos y similares en el Departamento de Antioquia*» del artículo 273 de la Ordenanza Nro. 62 de 2014. 1.4. En cuanto a los demás artículos objeto de controversia, se observa que contienen las siguientes disposiciones: *i)* el artículo 272 definió a los **sujetos pasivos** de la estampilla incluyendo a los importadores, productores, comercializadores y distribuidores de licores, vinos, aperitivos y similares; *ii)* el literal a. del artículo 274 determinó la **base gravable** del tributo de acuerdo al precio neto por unidad de licor, vino, aperitivo y similares vendidos en el territorio del departamento; *iii)* el literal a. del artículo 275 estableció la **tarifa** de la estampilla en el 2% del precio neto de venta por unidad de licores, vinos, aperitivos y similares consumidos en el departamento; *iv)* el artículo 277 reguló el sistema de **recaudo** de la estampilla; y *v)* del literal a. del artículo 278 dispuso que lo **recaudado** por concepto de licores, vinos, aperitivos y similares, se transferirá bimestralmente a la Universidad de Antioquia. Como se observa, estas disposiciones regulan el recaudo y los demás elementos del tributo, diferentes al hecho generador, el cual es nulo por los motivos antes expuestos. Esta precisión es importante porque, al estar estructurados con base en un hecho generador ilegal, también deben ser declarados nulos. Así lo señaló esta Sección en sentencia del 27 de marzo de 2014 (...) Esta postura también ha sido asumida por la Sección en sentencias del 6 de agosto de 2014, del 29 de abril de 2020 y del 8 de octubre de 2020.”.

ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Constitucionalidad. Sentencia C-873 de la Corte Constitucional, Cosa juzgada constitucional / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA - Alcance. La ley no solo debe crear el tributo territorial, sino también establecer y delimitar el hecho gravado con el mismo (aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible) / LEY DE CREACIÓN DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - No delimitó propiamente los elementos esenciales del hecho gravado con el tributo / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE

CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR – Generalidad. Las notas distintivas del hecho generador de la estampilla contenidas en el artículo 3 de la Ley 222 de 1994 se reducen a descripciones en extremo generales que no permiten identificar los datos mínimos o esenciales del hecho generador / **HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Facultad impositiva departamental.** Dado el excesivo margen de configuración normativa que la Ley 122 de 1994 le confirió a la asamblea departamental, fue esta la que en últimas estableció todos los elementos que definen el hecho imponible del tributo

Aclaración de voto del Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Constitucionalidad. Sentencia C-873 de la Corte Constitucional. Cosa juzgada constitucional / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA - Alcance / LEY DE CREACIÓN DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - No delimitó propiamente los elementos esenciales del hecho gravado con el tributo / HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR – Generalidad del artículo 3 de la Ley 222 de 1994.** Falta de definición de los datos mínimos o esenciales del hecho generador / **HECHO GENERADOR DE LA ESTAMPILLA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA DE CARA AL TERCER SIGLO DE LABOR - Facultad impositiva departamental.** Dado el excesivo margen de configuración normativa que la Ley 122 de 1994 le confirió a la asamblea departamental, fue esta la que en últimas estableció todos los elementos que definen el hecho imponible del tributo

Tesis: “En el proceso de la referencia, la Sala estudió la legalidad de los artículos 272 a 275, 277 y 278 de la Ordenanza nro. 64 de 2014, proferida por la Asamblea Departamental de Antioquia, los cuales establecen los elementos del hecho generador de la estampilla Universidad de Antioquia de Cara al Tercer Siglo de Labor. La Sala anuló parcialmente las normas acusadas por cuanto juzgó que desconocieron los parámetros del hecho imponible que delimitó la ley de creación del mencionado tributo. Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala, estimo pertinente plantear unas cuestiones jurídicas adicionales, por vía de la presente aclaración de voto. La Corte Constitucional en la Sentencia C-873 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra) concluyó que el tributo acusado era acorde con la Constitución, en la medida en que la ley que lo creó (Ley 122 de 1994, artículo 1.º) preceptuó de manera general el marco jurídico dentro del cual la asamblea departamental debía desarrollarlo normativamente. En consecuencia, sobre ese asunto existe cosa juzgada constitucional. No obstante, sin desconocer tal carácter de cosa juzgada, ni sus efectos, me permito aclarar que, de conformidad con el criterio fijado por la misma Corte en la sentencia C-035 de 2009 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), acogido por esta Sección (sentencia del 09 de julio de 2002, exp. 16544, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia), la ley no solo debe crear el tributo territorial, sino que debe establecer y delimitar el hecho gravado con el mismo (i.e. el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible), en pro de salvaguardar las exigencias del artículo 338 constitucional. A la luz de la anterior premisa, cabe apreciar que la disposición legal que estableció la estampilla Universidad de Antioquia de Cara al Tercer Siglo de Labor no delimitó propiamente los elementos esenciales del hecho gravado con ese tributo. En concreto, y en atención a lo preceptuado por el artículo 3.º de dicha ley, las notas distintivas del hecho generador previsto por el legislador se reducen a descripciones en extremo generales, tales como, que la asamblea reglamentará el uso obligatorio de la estampilla en «actividades y operaciones que se deban realizar en el Departamento y en los municipios del mismo», de manera que no es posible identificar en la ley los datos mínimos o esenciales del hecho generador. Consecuentemente, dado el excesivo margen de configuración normativa que confirió la Ley 122 de 1994 a la ordenanza departamental, fue esta la que en últimas definió todos los elementos que definen el hecho imponible del tributo debatido.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de marzo de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 05001-23-33-000-2016-02071-01 \(25638\).](#)

4. Se precisa el procedimiento aplicable a la devolución de aportes al Sistema de la Protección Social derivada de pagos en exceso producto de la anulación total o parcial de los actos de

determinación oficial de dichos aportes proferidos por la UGPP, así como la competencia de esta entidad en el trámite de la devolución.

Síntesis del caso: Como consecuencia de la anulación parcial de los actos administrativos en los que la UGPP determinó los aportes al sistema de la protección social de una sociedad, en sentencia de primer grado se le ordenó que efectuara una nueva liquidación del tributo y que procediera a la devolución de los aportes a que hubiera lugar, en los términos de los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario, si de la liquidación se generaba un pago en exceso a favor de la actora. Al resolver el recurso de apelación formulado por la UGPP contra la anterior decisión, en el que, entre otros argumentos, adujo su falta de competencia para hacer la devolución de los aportes, así como la improcedencia de la aplicación a la misma de los artículos 863 y 864 del E.T., la Sala concluyó que, efectivamente, el procedimiento de devolución de pagos en exceso o de lo no debido previsto en dicho estatuto (arts. 850 y siguientes) no se aplica frente a los aportes al sistema de la protección social, sino que para ello se debe seguir el trámite que establece el artículo 311 de la Ley 1819 de 2016, conforme con el cual, aunque la UGPP no tiene a su cargo la administración de los recursos del referido sistema, sí se le puede ordenar la devolución de los mayores valores pagados por los aportantes, a título de aportes o sanciones, cuando proceda la anulación de los actos administrativos que esa entidad expida, evento en el cual se debe reconocer la corrección monetaria del artículo 187 del CPACA y se causan intereses moratorios como lo prevé el artículo 311 de la citada Ley 1819. Dijo la Sala que como no existe un procedimiento para la devolución de los pagos en exceso o de lo no debido de los aportes y sanciones del sistema de la protección social, equivalente al regulado en el Estatuto Tributario, ni se aplican esas disposiciones por remisión, no procede el reconocimiento de los intereses corrientes y moratorios de los artículos 863 y 864 ib. En su lugar, procede la corrección monetaria de las sumas objeto de devolución, conforme con el artículo 187 del CPACA, disposición que, según el criterio de la Sección, se aplica a los casos de devolución de tributos, no cobijados por el ámbito de aplicación del citado artículo 863.

PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL / PAGOS EN EXCESO / INAPLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO Y DE LO NO DEBIDO DEL ESTATUTO TRIBUTARIO PARA LA DEVOLUCIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL / COMPETENCIA DE LA UGPP EN LA DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO Y DE LO NO DEBIDO POR CONCEPTO DE APORTES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL / ANULACIÓN TOTAL O PARCIAL DE ACTOS DE DETERMINACIÓN OFICIAL DE APORTES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EXPEDIDOS POR LA UGPP / PROCEDENCIA DE LA CORRECCIÓN MONETARIA EN LA DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO Y DE LO NO DEBIDO POR CONCEPTO DE APORTES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN DE INTERESES MORATORIOS EN LA DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO Y DE LO NO DEBIDO POR CONCEPTO DE APORTES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL / NORMATIVA APLICABLE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA CORRECCIÓN MONETARIA Y DE LOS INTERESES MORATORIOS EN LA DEVOLUCIÓN DE PAGOS EN EXCESO Y DE LO NO DEBIDO POR CONCEPTO DE APORTES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Problemas jurídicos: ¿Procedía ordenar a la UGPP la devolución de los pagos en exceso que se hubieren realizado con sustento en los actos demandados? ¿En caso afirmativo, son aplicables los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario a la devolución de aportes al sistema de la protección social?

Tesis: “Lleva razón la apelante única, en cuanto a que el procedimiento de devolución previsto en el ET (*i.e.* artículos 863 y 864) es inaplicable para los aportes al SPS, porque excede la remisión consagrada en el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, disposición que únicamente remite a «*los procedimientos de liquidación oficial*», cuyos artículos están contenidos en el «*Libro V, Títulos I, IV, V y VI*» del ET. De otra parte, verifica la Sala que el artículo 311 de la Ley 1819 de 2016 prevé el procedimiento que debe seguirse, en los casos que se ordene la devolución de los aportes al SPS por la nulidad, total o parcial, de los actos administrativos de determinación oficial proferidos por la UGPP. Siguiendo esta disposición, aun cuando la demandada no tiene a su cargo la administración de los recursos del SPS, sí se le puede ordenar la devolución de los mayores valores pagados por los aportantes (*i.e.* a título de aportes o sanciones), como consecuencia de la anulación de los actos administrativos por ella expedidos –considerando que no existe

un procedimiento para la devolución por pagos en exceso o de lo no debido, de los aportes y sanciones del SPS, equivalente al regulado en los artículos 850 y siguientes del ET, ni se aplican esas disposiciones por remisión—. Así, en los eventos en que se condene a UGPP a la restitución de sumas de dinero – conforme con el procedimiento del artículo 311 de la Ley 1819 de 2016—, es improcedente el reconocimiento de los intereses corrientes y moratorios regulados en los artículos 863 y 864 del ET. En su lugar, procede realizar la corrección monetaria de las sumas objeto de devolución, siguiendo lo previsto en el artículo 187 del CPACA, disposición que, según el criterio de esta Sección, se aplica a casos de devolución de tributos, no cobijados por el ámbito de aplicación normativo del citado artículo 863. Al efecto, la UGPP debe proferir un acto administrativo, ordenando la devolución, de tales montos, a las administradoras del SPS que recibieron esos recursos, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la decisión judicial respectiva. Además, las administradoras de los recursos deben hacer efectiva la orden de devolución, dentro de los dos meses siguientes a la notificación del acto que la ordena, so pena de que se causen intereses moratorios a su cargo, «a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Financiera por el período en el que se realiza el pago» (artículo 311 de la Ley 1819 de 2016). Por lo anterior, si bien la UGPP no tiene la administración de los recursos del SPS, ello no impide que se le condene a la devolución de los aportes y sanciones cuando, por la anulación de los actos administrativos de determinación oficial, se configura un pago en exceso o de lo no debido, evento en el cual, debe reconocerse la corrección monetaria del artículo 187 del CPACA y, se causan intereses moratorios en la forma prevista en el artículo 311 de la Ley 1819 de 2016. Como en el *sub lite*, la apelante única no discute que, por la nulidad parcial de los actos acusados, puede configurarse un pago en exceso, la Sala mantendrá la orden de devolución, pero sin los intereses corrientes y moratorios de los artículos 863 y 864 del ET (reconocidos por el *a quo*). En su lugar, se ordenará la indexación de las sumas objeto de devolución atendiendo la siguiente fórmula: $Va = Vh$ (*índice final / índice inicial*) En la que el valor ajustado (Va) se determina multiplicando el valor histórico (Vh), que es el mayor valor pagado por la demandante, por el número que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, esto es, el vigente al momento del pago. Sobre esa suma, además, es procedente el reconocimiento de intereses, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 311 de la Ley 1819 de 2016.”.

Aclaración de voto del Consejero Milton Chaves García

CONTENIDO DE LA SENTENCIA / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN PROCESOS RELACIONADOS CON LA LIQUIDACIÓN DE APORTES AL SISTEMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – Facultad del juez de dictar nuevas disposiciones que reemplacen las anuladas. Improcedencia de ordenar a la UGPP que realice liquidaciones posteriores a la sentencia

Tesis: “Aclaro mi voto para llamar la atención de la Sala de la necesidad de que en las sentencias que resuelven controversias relacionadas con las contribuciones a la protección social no se ordene a la UGPP que realice liquidaciones posteriores a la providencia, sino que se haga uso de la facultad otorgada por el artículo 187 del CPACA y en el fallo se fijen las nuevas disposiciones que reemplacen las anuladas, para el adecuado restablecimiento del derecho.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de marzo de 2022, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 25000-23-37-000-2016-01880-01 \(25006\).](#)

7
SECCIÓN
QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se confirmó la decisión que declaró la nulidad de la elección de la personera municipal de Puerto Carreño, Vichada.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección de la personera municipal de Puerto Carreño (Vichada), alegando que: (i) El plazo de inscripción fue inferior al mínimo legalmente previsto, (ii) No se garantizó la reserva de las preguntas de la prueba de conocimientos; (iii) El concurso de méritos no fue apoyado por una entidad idónea; y, (iv) Las entidades Federación Colombiana de Autoridades Locales -FEDECAL- y Creamos Talentos se excedieron en su rol y ejecutaron tareas de supervisión, dirección y conducción del concurso de méritos. La Sala, conforme al análisis de los cargos formulados en la apelación, correspondientes a: (i) “no se demandó la legalidad de los actos administrativos expedidos durante el trámite de la convocatoria de 2019, mediante el medio de control de nulidad simple” y ii) “el a quo, falló de forma extra petita” pues, se pronunció por fuera de lo pretendido en los cargos planteados en la demanda; confirmó la decisión de primera instancia que declaró la nulidad del acto de elección, teniendo en cuenta que ninguno de los cargos de la apelación prosperó.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ACTO ADMINISTRATIVO PREPARATORIO / ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / ACTO DE CONVOCATORIA A CONCURSO DE MÉRITOS / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / IDONEIDAD DE LA ENTIDAD ESPECIALIZADA EN PROCESO DE SELECCIÓN DE PERSONAL

Problema jurídico: Corresponde a la Sala definir si hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo de primera instancia, que declaró la nulidad del acto de elección de la señora Norbi Segura Carmona como Personera Municipal de Puerto Carreño (Vichada) para el periodo 2020-2024, contenido en el Acta No. 012 del 18 de febrero de 2020. Para el efecto, se aborda el estudio del caso concreto, a partir de los dos cargos formulados en la apelación i) “no se demandó la legalidad de los actos administrativos expedidos durante el trámite de la convocatoria de 2019, mediante el medio de control de nulidad simple” y ii) “el a quo, falló de forma extra petita” pues, se pronunció por fuera de lo pretendido en los cargos planteados en la demanda.

Tesis: “Para efectos de analizar si el actor debía demandar los actos administrativos expedidos durante el trámite de la convocatoria, que dio como resultado la elección de la demandada, mediante el medio de control de nulidad simple, impera analizar lo que la doctrina y la jurisprudencia han expuesto en relación con la distinción entre los actos de trámite o preparatorios y los actos definitivos. Los actos de trámite o preparatorios son aquellos que se producen en el trayecto de un procedimiento administrativo y que conducen al acto definitivo; por regla general, no son recurribles en vía administrativa, ni judicial. (...). Por su parte, los actos definitivos, son aquellos que resuelven directamente el fondo del asunto, en tanto con este se termina la controversia, sin embargo, el acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando imposibilita continuar la actuación, en la medida que produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos subjetivos del interesado. (...). Se tiene entonces que, el actor sí podía, vía nulidad electoral, alegar que el Concejo de Puerto Carreño desconoció del inciso segundo del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 cuando suscribió el Convenio de Asociación No. 001 del 12 de noviembre de 2019 con FEDECAL y Creamos Talentos, sin que haya sido necesario que el mismo se demandara a través de otro medio de control, pues de exigirlo, como pretende la apelante, se estaría ante un requisito de procedibilidad que no está contemplado por la ley, desconociendo así el derecho del actor al acceso a la administración de justicia, por lo que, este cargo de la apelación no prospera. (...). La Sección considera que no le asiste razón a la apelante, toda vez que, basta con mirar el tercer cargo de la demanda denominado “el concurso de méritos no fue apoyado por una entidad idónea” donde el demandante indicó que las entidades Federación Colombiana de Autoridades Locales - FEDECAL y Creamos Talentos, no son entes especializados en los procesos de selección de personal, por lo que no se encontraban habilitadas para brindar el apoyo logístico requerido por el Concejo Municipal, y como consecuencia de aquello alegó que, “el acto de elección acusado es nulo por expedición irregular y violación de las normas en que debía fundarse, concretamente, por desconocimiento del estándar mínimo de idoneidad de la entidad encargada de adelantar el concurso de méritos, previsto en la ratio decidendi de la sentencia C-105 de 2013 y en los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6 del Decreto compilatorio 1085 de 2015.” (...). En consecuencia, el segundo cargo de la apelación, relacionado con que el a quo falló de forma extra petita no fue demostrado y por ello no prospera. (...). Para este juez electoral, es claro que, contrario a lo afirmado por la demandada, la participación de Creamos

Talento no se limitó a prestar un apoyo logístico, sino que, fue gracias a su experiencia en otros concursos de personeros que el Concejo Municipal de Puerto Carreño consideró que cumplían con los requisitos y condiciones de idoneidad que señalan los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6 del Decreto compilatorio 1083 de 2015. (...). Se recuerda que, como bien lo precisó el a quo, Creamos Talentos es un establecimiento de comercio (...). En esa medida, es claro que no goza del atributo de personería jurídica y además, tampoco se dedica a llevar a cabo el tipo de procedimiento público que determina la designación de dichos funcionarios, cuya especialidad excede las actividades de intermediación laboral y colocación de personal relacionadas en las pruebas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 19 de abril de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 50001-23-33-000-2020-00981-01.](#)

2. Se declaró la carencia de objeto por sustracción de materia en la sentencia que resolvió la demanda en contra del acto de elección del Contralor Distrital de Cartagena.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del Contralor Distrital de Cartagena alegando que el demandado estaba incurso en la inhabilidad prevista en el inciso 1º del artículo 272 de la Constitución Política, en la medida que en el último año había ocupado un cargo público en la rama ejecutiva del orden distrital. La Sala revocó la decisión de primera instancia que había declarado la nulidad del acto de elección acusado, para en su lugar declarar la carencia de objeto por sustracción de materia, teniendo en cuenta que el demandado no se posesionó en el cargo.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / CARENCIA DE OBJETO POR SUSTRACCIÓN DE MATERIA / ACTO DE POSESIÓN / INEXISTENCIA DE POSESIÓN EN EL CARGO PÚBLICO

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si el fallo del 30 de septiembre de 2021 debe ser revocado, modificado o confirmado, al amparo de los argumentos expuestos en el escrito de impugnación, que conlleven establecer: –Si el acta de la sesión ordinaria del 14 de julio de 2020 del Concejo de Cartagena, contentiva de la elección acusada, resulta pasible de control judicial ante la no posesión del demandado en el cargo de contralor y la ausencia de resolución del recurso administrativo propuesto en su contra. De superarse estos interrogantes, se deberá establecer: –Si la sentencia del Tribunal incurrió en falta de motivación respecto de la aplicación de los artículos 38, 39 y 68 de la Ley 489 de 1998 para catalogar a la EDURBE S.A como una sociedad perteneciente a la rama ejecutiva del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena. –Si los yerros procesales detectados por el acusado tuvieron efectivamente lugar dentro del trámite y si su ocurrencia desvirtúa la presunción de corrección del fallo apelado.*

Tesis: “En su recurso de apelación, el [demandado] cuestiona la sentencia del fallador de primera instancia de haber recaído sobre un acto administrativo de elección sobre el que no procedía control judicial, al no haber tomado posesión del cargo para el cual fue elegido, ni haberse resuelto el recurso administrativo incoado en su contra. (...). [L]a carencia de objeto por sustracción de materia es concebida como aquella circunstancia en la que las causas que originan los procesos judiciales experimentan modificaciones o alteraciones –que incluso llevan a su desaparición–, que hacen fútiles las determinaciones que puedan ser adoptadas ante la ausencia de un “thema decidendum” sobre el que puedan recaer. En el plano electoral, la declaratoria de la carencia de objeto ha sido autorizada en los eventos en los que el operador judicial advierte que el acto sometido a escrutinio, a pesar de su expedición, no ha producido efectos, ni puede llegar a hacerlo, por lo que no existe materia que pueda ser analizada por parte del juez de la legalidad. (...). El acto de posesión ha sido concebido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como “una diligencia solemne en la que el servidor público elegido, nombrado, llamado o, en general, designado para ejercer un cargo, jura formalmente cumplir con la Constitución Política, la ley, los reglamentos, las funciones y los deberes del respectivo cargo. Así, se trata de un formalismo impuesto por el ordenamiento jurídico del cual pende la materialización del derecho político de acceso a los cargos públicos. (...). En ese sentido, la posesión fue vista –y sigue siéndolo– como un acto material de juramentación que marca el punto de entrada del designado al ejercicio de la función pública y que determina el momento a partir del cual la dignidad es ocupada por quien se ha visto favorecido por la voluntad electoral o administrativa, según sea el caso. (...). Finalmente, la jurisprudencia de esta Sala Especializada ha sostenido que, a pesar de su importancia, la posesión no se constituye en un acto pasible de control judicial, pues, aunque fija la

entrada en el cumplimiento de funciones del elegido, nombrado o llamado, no se trata de un acto administrativo o electoral. (...). Se concluye entonces que, los efectos jurídicos del acto de elección no dependen solo de su notificación o publicación sino también de que el elegido, nombrado o designado haya tomado posesión del cargo, pues es solo con esta que la persona es investida de la función pública y puede desempeñar las funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye al cargo. Sin la posesión, y en principio, lo que corresponde es la declaratoria de carencia de objeto por sustracción de materia en el proceso que se analice por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (...). Para la Sección Quinta, el análisis de las diversas piezas procesales que reposan en el expediente, permite advertir que, como lo afirma el demandado, su elección en el empleo de contralor distrital de Cartagena de Indias no estuvo sucedida de su posesión en el cargo, de cara a las dudas en torno a su incursión en una presunta inhabilidad. Es decir que, a la manera como lo señala el hoy impugnante, el fallo del 30 de septiembre de 2021 examinó la legalidad de un acto administrativo que no entró en vigencia, ni generó efectos, ante la ausencia de posesión –de la que pendía su producción– para el desarrollo de un proceso de nulidad electoral.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 19 de mayo de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 13001-23-33-000-2020-00529-03.](#)

3. Se negó la nulidad del acto de elección del representante por el estamento docente ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del representante por el estamento docente ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, alegando que (i) con la creación del voto electrónico se vulneró el debido proceso, (ii) con la expedición del Acuerdo No. 0010 de 2021 se desconoció lo establecido en el artículo 4 del Acuerdo No. 0004 de 2017, (iii) el Consejo Superior incurrió en un tratamiento desigual en el proceso electoral, (iv) se cometieron irregularidades en la elaboración del censo electoral y (v) en el proceso electoral se violó el principio de transparencia. La Sala negó las pretensiones de la demanda, al considerar que (i) la implementación del voto electrónico no desconoce los principios de preexistencia de la ley, irretroactividad y seguridad jurídica; (ii) falta de respaldo probatorio frente al cargo de que el procedimiento establecido en el Acuerdo 0004 de 2017 no se llevó a cabo para la expedición del Acuerdo 0010 de 2021; (iii) establecer que no hubo un tratamiento desigual en el proceso de elección; (iv) pese a acreditarse irregularidades con el censo electoral, dicha circunstancia no tuvo incidencia en el resultado de la elección; y, (v) aunque se acreditó vulneración del principio de transparencia, este aspecto tampoco tuvo la entidad suficiente para incidir en el resultado de la elección.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / REPRESENTANTE DE PROFESORES ANTE CONSEJO SUPERIOR DE LA UNIVERSIDAD / AUTONOMÍA UNIVERSITARIA / VOTO ELECTRÓNICO / FALTA DE PRUEBA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD / CENSO ELECTORAL / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si se debe declarar la nulidad del acto de elección del señor Armando Valencia Casas como representante de los docentes ante el CSU de la UTCH. Para el efecto, se debe resolver si en este caso: (i) con la creación del voto electrónico se vulneró el debido proceso, (ii) con la expedición del Acuerdo No. 0010 de 2021 se desconoció lo establecido en el artículo 4 del Acuerdo No. 0004 de 2017, (iii) el Consejo Superior incurrió en un tratamiento desigual en el proceso electoral, (iv) se cometieron irregularidades en la elaboración del censo electoral y (v) en el proceso electoral se violó el principio de transparencia.*

Tesis: “La convocatoria para la elección de los representantes de los estudiantes, docentes y egresados se realizó el 12 de julio, mientras que la implementación del voto electrónico se llevó a cabo el 2 de julio de 2021, de manera que para esta Sala no se vulneró el principio de irretroactividad de la ley. (...). Así las cosas, para esta Sala los Acuerdos No. 0010 y No. 0011 de 2021 no contienen disposiciones que contraríen el Estatuto Electoral de la Universidad Tecnológica del Chocó, Acuerdo No. 0021 del 21 de septiembre de 2011, (...). De lo revisado, la regulación que contempló la modalidad del voto electrónico no desconoce los principios de preexistencia de la ley, irretroactividad y seguridad jurídica, dado que fueron

dictados en el marco de la autonomía universitaria como regulación para darle manejo al COVID-19. (...). [S]e tiene que el demandante en este caso afirma que el procedimiento establecido en el Acuerdo 0004 de 2017 no se llevó a cabo para la expedición del Acuerdo 0010 de 2021. Sin embargo, dentro del expediente no obra prueba que demuestre que ese trámite no se surtió en debida forma, de manera que no hay lugar a inaplicarlo, puesto que las afirmaciones realizadas por la parte demandante carecen de respaldo probatorio. (...). Debe tenerse en cuenta que los Acuerdos 0007 del 30 de abril de 2021, por medio del cual se autoriza, reglamenta y convoca la elección de los representantes de las directivas académicas y los exrectores ante el CSU y 009 del 11 de junio de 2021, del representante del sector productivo, se profirieron antes de la reforma que introdujo el voto electrónico, de manera que solo se podían llevar a cabo a través del voto presencial, lo cual pone en evidencia no solo que se trata de convocatorias diferentes, sino que están regidas por normas distintas, por lo que no se puede hablar de situaciones iguales, que merezcan un trato idéntico. Por lo anterior, este cargo no está llamado a prosperar. (...). Si bien la norma que modificó la conformación del censo electoral, fue posterior a la convocatoria de las elecciones, fue proferida de manera previa a la elaboración del mismo. Al respecto se advierte que el Acuerdo No. 0015 fue expedido el 9 de agosto de 2021, es decir, con antelación a la publicación inicial del censo electoral, que se llevó a cabo el 17 de agosto de ese año, razón por la cual se tuvo en cuenta para su elaboración. No obstante, al ser la modificación del censo posterior a la convocatoria, puede decirse que cambió las reglas iniciales, al permitir la inclusión de personas que a pesar de ser docentes se encuentran ejerciendo cargos administrativos, lo cual constituye una irregularidad procesal. Sin embargo no se demostró que incluir a esas 13 personas, la misma hubiera tenido la magnitud de incidir en el resultado de la elección, puesto que del acta de escrutinio que se realizó el 20 de agosto de 2021 se tiene que el demandado obtuvo 281 votos, y el demandante 154 votos, por lo que lo que hay una diferencia de más de 100 votos entre los dos únicos candidatos en contienda. (...). Sobre la realización de la auditoría, en el acervo probatorio obra respuesta del Comité Electoral de la universidad a la impugnación presentada por la parte actora frente al boletín final de la elección del representante de los docentes, en la cual se precisó el cumplimiento de estas medidas en tanto se contrató mediante la orden de servicios No. 0028 de 2021 una firma para realizar auditoría externa con la finalidad de proteger la información de la "Suite Academusoft de la UTCH" y a la empresa GNTEC S.A.S. mediante orden de servicios No. 0024 de 2021 como desarrollador del software para que los usuarios autenticados contaran con una sesión robusta y criptográficamente segura. (...). Así las cosas, es claro que al no haberse dado una respuesta clara de las razones del contenido de la información personal de los votantes, así como al no haberse indicado si todas las solicitudes o alguna de ellas implicaba esa reserva, y por tanto se entregara aquella que no gozara de reserva, se advierte que se vulneró el principio de transparencia. No obstante lo anterior, y a pesar de esa irregularidad, esta Sala no encuentra que la misma tenga la entidad de incidir en los resultados de la elección, puesto que de todas las pruebas que obran en el expediente no se encuentra demostrado que el proceso electoral hubiera tenido fallas, sino que, por el contrario, de los informes y boletines parciales y final se evidencia que la jornada electoral fue llevada a cabo de manera exitosa, con una votación de más del 94% de las personas registradas en el censo electoral."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 7 de abril de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2021-00053-00.](#)

4. Se declaró la nulidad del acto de designación del gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de designación del gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P., bajo la consideración de (i) la falta de competencia por parte del alcalde municipal de San José de Cúcuta para expedir el acto de nombramiento, y, (ii) alegando falsa motivación, en atención al régimen normativo aplicable a la designación del gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P. La Sala revocó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar declarar la nulidad del acto acusado teniendo en cuenta que se acreditó la falta de competencia en el alcalde municipal de San José de Cúcuta para efectuar la designación del gerente de la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / REPRESENTANTE LEGAL DE LA ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO / COMPETENCIA DEL ALCALDE MUNICIPAL / CONFIGURACIÓN DE LA NULIDAD POR FALTA DE COMPETENCIA

Problema jurídico: La Sala debe pronunciarse acerca de si el acto demandado se encuentra viciado de nulidad como consecuencia de las presuntas i) falta de competencia del alcalde municipal de San José de Cúcuta para expedirlo; y ii) falsa motivación, en atención al régimen normativo aplicable a la designación del gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P.

Tesis: “la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P es una empresa oficial de servicios públicos domiciliarios del orden municipal, de titularidad totalmente pública, aunque no exclusiva del municipio de San José de Cúcuta, pues también gozan de participación accionaria otras personas jurídicas de derecho público. Por lo anterior, (...), la competencia para la elección de su representante legal, en este caso bajo la denominación de gerente, corresponde a la junta directiva de la entidad, en atención a la remisión que la Ley 142 de 1994 en sus artículos 19.15 y 32 hace a lo dispuesto en el Código de Comercio y, en particular, a su artículo 440, disposición que se encuentra recogida y desarrollada en los estatutos de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P. (...). De acuerdo con lo señalado anteriormente, es claro para la Sala que el alcalde municipal de San José de Cúcuta carecía de competencia para efectuar la designación del gerente de la empresa [de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P.] en comento. En efecto, como puede advertirse de la normatividad invocada por dicha autoridad municipal en el acto demandado, la decisión de realizar la designación del gerente de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Cúcuta S.A. E.S.P por vía de decreto del alcalde municipal, parte de la aplicación indebida de las Leyes 136 de 1994 y 489 de 1998, puesto que ninguna faculta a dicho funcionario a efectuar tal nombramiento, en contravía de la remisión general que el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 hace al derecho privado, de lo dispuesto en el artículo 19.15 de la misma ley en relación con la aplicación del Código de Comercio y, por último, del artículo 440 de este y su referencia al régimen de las sociedades anónimas. (...). Los recurrentes alegaron también la existencia de una falsa motivación en la expedición del acto demandado, por cuanto el mismo se fundó en disposiciones normativas que no resultaban aplicables a la situación jurídica definida en él. (...). Como puede advertirse, las afirmaciones del demandante y su coadyuvante no se dirigen a establecer la configuración de una falsa motivación en el acto demandado, sino a indicar que el mismo fue expedido en desconocimiento del régimen jurídico que realmente resultaba aplicable al mismo, vicio que corresponde a una causal de nulidad distinta que también se encuentra contemplada en el artículo 137 del CPACA y que, de conformidad con lo señalado en la presente providencia, ya se encontró probado por la Sala.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 28 de abril de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 54001-23-33-000-2020-00520-03.](#)

8
**SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

La Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia de unificación fijó las reglas jurisprudenciales para retirar del servicio por voluntad del gobierno, en ejercicio de la facultad discrecional, al personal uniformado de la Policía Nacional y la Fuerza Pública.

Síntesis del caso: El Ministerio de Defensa en ejercicio de la facultad discrecional expidió el acto de retiro del servicio por voluntad del Gobierno, del Mayor de la Policía Nacional quien consideró que el acto se expidió sin motivación y con desconocimiento de las calificaciones satisfactorias del servicio y de la existencia de múltiples felicitaciones recibidas durante su vinculación con la entidad.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE MIEMBRO DE LA POLICÍA NACIONAL POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / REGLAS JURISPRUDENCIALES / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD / PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD / FACULTAD DISCRECIONAL DEL NOMINADOR

Problema jurídico 1: ¿Cuáles son las reglas jurisprudenciales que se deben considerar para retirar del servicio por voluntad del gobierno, en ejercicio de la facultad discrecional, al personal uniformado de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares”?

Tesis 1: [...]“Las controversias relacionadas con el retiro tanto del personal uniformado de la Policía Nacional como de las fuerzas militares (cuya normativa resulta materialmente igual para efectos de esta situación administrativa) por voluntad del Gobierno en ejercicio de la facultad discrecional, la Sala fija las siguientes reglas jurisprudenciales: i) La recomendación de retiro del servicio de la respectiva junta asesora o de evaluación y clasificación, que sirve de sustento al acto administrativo definitivo, deberá estar respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho), dejando plasmado el estudio pertinente y completo que fundamente la sugerencia de desvinculación, de acuerdo con los documentos que permitan entrever su correlación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad .ii) En la diligencia de notificación del acto de retiro del servicio al interesado, la correspondiente institución deberá entregarle copia de la referida recomendación y sus soportes; y de comportar carácter reservado, de igual modo, se deberá garantizar su acceso a ellos, con la obligación de preservar tal condición. Lo anterior no habilita al retirado para recurrir la decisión en sede administrativa. iii) En caso de incumplimiento de los parámetros enunciados, el juez administrativo en el respectivo proceso deberá determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, que le permitan conservar su presunción de legalidad, en armonía con las reglas de la sana crítica en la valoración probatoria de los documentos relevantes que despejen cualquier duda de arbitrariedad. Efectos de las reglas de unificación. En desarrollo de las atribuciones del Consejo de Estado, como tribunal supremo de lo contencioso-administrativo, previstas en el artículo 237 (ordinal 1°.) de la Constitución Política y con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva, los principios de buena fe, igualdad y seguridad jurídica, y superar situaciones que afecten el valor supremo de la justicia, la regla de unificación que se adopta en este fallo es vinculante y debe aplicarse para decidir controversias pendientes de solución, tanto en sede administrativa como de competencia de esta jurisdicción⁵⁸; sin embargo, no se aplicará a casos que hayan hecho tránsito a cosa juzgada, por ser inmodificables.(..)”

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE MIEMBRO DE LA POLICÍA NACIONAL POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / FALSA MOTIVACIÓN / CALIFICACIÓN DE SERVICIOS

Problema jurídico 2: ¿Se encuentra afectado de falsa motivación el retiro del servicio por voluntad del Gobierno del Mayor de la Policía Nacional que cuenta con calificaciones satisfactorias y múltiples felicitaciones durante su vinculación laboral?

Tesis 2 : “[...] Para la Sala resulta claro que el acto administrativo de retiro del accionante tuvo como fundamento el concepto previo de la junta asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, tal como lo exige el artículo 4.º de la , la cual plasmó explícitamente las motivaciones de su recomendación

en el acta 7 de 30 de marzo de 2009, dado que en la sesión inicialmente celebrada no lo había hecho (5 de diciembre de 2008), por lo que el accionante tuvo la oportunidad de conocer las razones fácticas por las que se dispuso su desvinculación y, en tal sentido, se procede a analizar si estas colman las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad. Nótese del análisis probatorio que los motivos que condujeron a la Administración a recomendar y ordenar el retiro del accionante del servicio policial conciernen a razones de mejoramiento del servicio público, en atención a que encuentran sustento en los requerimientos a él dirigidos por parte del comandante del departamento de Policía de Nariño, máxima autoridad de mando dentro de la dependencia en la que laboraba, acerca de demoras en el cumplimiento de determinadas labores atañedoras a su función como jefe administrativo de ese departamento de policía, «[...] traumatizando así el oportuno cumplimiento a las instrucciones del mando institucional y a los requerimientos de la ciudadanía en particular [...]», como se plasmó en alguno de aquellos requerimientos, puesto que se advierte que fueron más de tres y algunos reiterados.(...)al contrastar el contenido de los cuatro requerimientos que condujeron al retiro con las anotaciones positivas consignadas en el formulario 2 de seguimiento de la evaluación del desempeño policial de 2008, los primeros fueron efectuados en relación con asuntos puntuales respecto del ejercicio de las funciones y tareas específicas a su cargo, de los cuales tres lo fueron frente a su omisión de respuesta a anteriores solicitudes (seis, con plazo de vencimiento entre abril y mayo de esa anualidad) sobre la construcción del armerillo, la devolución de elementos, el sumisito de combustible, el diligenciamiento de formulario requerido por la subdirección de seguridad ciudadana, la modificación de partida con cargo al presupuesto de funcionamiento de la Policía Nacional de la vigencia fiscal 2008, la información acerca de la conformación de comités de armamento y del porqué no se cumplieron las metas en la ejecución de aportes de acuerdo con las expectativas planteadas por la dirección administrativa y financiera y los informes mensuales referentes al fortalecimiento y acercamiento con gremios, empresarios y demás entidades públicas o privadas.(...)carece de asidero jurídico la afirmación del demandante de que las razones de servicio aducidas en el acto administrativo demandado «[...] contradice[n] a todas luces el excelente desempeño profesional del oficial [...]», puesto que, además de lo anterior, pese a que en las evaluaciones de desempeño policial obtuvo un puntaje de carácter superior en los últimos tres años de servicios (2006-2008), obsérvese que esas calificaciones las realizó un funcionario diferente al comandante del departamento de policía al que pertenecía el actor (subcomandante [2008] y comandantes operativo de seguridad ciudadana [2006 y 2007], de la estación centro y del primer distrito de Pasto [2007]), de acuerdo con las anotaciones realizadas en el formulario de seguimiento, también diligenciadas por ellos, de las cuales ya en los años 2006 y 2007 presentaba algunas acerca de su falta de compromiso institucional e incumplimiento a las órdenes impartidas por sus superiores. Asimismo, recuérdese que la valoración probatoria debe hacerse respecto de toda la documentación y demás pruebas que se hayan allegado al proceso, por lo que no puede pretender el accionante que solo se tenga en cuenta el puntaje de su calificación para desvirtuar las demás circunstancias que rodeaban su desempeño policial (existencia de los hechos indicados en el acto administrativo) y que evidenciaban conductas no acordes a la misión institucional. (...)Esta Sala comparte el criterio del señor agente del Ministerio Público, delegado ante esta Corporación, en cuanto a que, pese a las felicitaciones y anotaciones positivas que obtuvo el demandante durante su servicio, así como las calificaciones superiores en los últimos tres años, eso «[...] no da certeza sobre condiciones y calidades por fuera de lo esperado [...]» (f. 449), toda vez que dada la pertenencia del actor a la fuerza pública y su rango dentro de la escala de oficiales de la Policía Nacional, su comportamiento debía tender hacia un grado de excelencia, y aquellas felicitaciones y anotaciones positivas no evidencian que estuviera muy por encima del nivel de exigencia que se requiere del personal de oficiales (...)la Sala estima que la Administración colmó el mínimo de motivación expresa, habida cuenta de que dejó plasmadas las razones objetivas que condujeron a la adopción de la decisión definitiva de retiro, de las cuales tuvo conocimiento el accionante, quien además accedió a los oficios que la sustentaron, tanto es así que los anexó a la demanda. De igual modo, no se demuestra una falsa motivación, entendida esta como una falsedad de los hechos o su apreciación errónea⁷⁷, puesto que verificada la historia laboral y los oficios que sirvieron de fundamento para recomendar el retiro, resultó evidente que el compromiso del servidor hacia el ejercicio de sus funciones no era constante [...]

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 7 de abril de 2022, 52-001-23-31-000-2009-00349-01\(4288-2016\)](#)

Salvamento de voto del Consejero William Hernández Gómez

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE MIEMBRO DE LA POLICÍA NACIONAL POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / FACULTAD DISCRECIONAL DEL NOMINADOR / INDEBIDA MOTIVACIÓN DEL ACTO

ADMINISTRATIVO / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / FALSA MOTIVACIÓN

Problema jurídico: *¿La decisión de retiro del servicio del Mayor de la Policía Nacional por voluntad del Gobierno se encuentra debidamente motivado de manera que garantice el debido proceso y, se ajuste a las reglas de unificación fijadas por la Sala de la Sección Segunda de la Corporación para el retiro del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional, del personal uniformado de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares?*

Tesis: “[...]Sobre los hechos y el precedente adquiere suma relevancia en el fallo del cual me aparto, porque la regla de unificación ordena que la recomendación de retiro debe contener el estudio pertinente y completo de la sugerencia de desvinculación, respaldado en razones objetivas, sin visos de arbitrariedad o capricho. Sin embargo, a partir del análisis de los hechos del litigio claramente no fue aplicada, pasando a desnaturalizarse la finalidad de las sentencias de unificación, como procedo a explicar. (...)la primera regla de unificación se desglosa de la siguiente manera: La recomendación de retiro debe basarse en (i) un estudio pertinente; (ii) respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho); (iii) plasmadas en la respectiva acta (Esto le permite conocer la razón por la cual fue desvinculado, pues al desconocerla, se torna casi imposible ejercer el derecho de contradicción y defensa); y (iii) se debe conceder la oportunidad al interesado de conocer su contenido. Ciertamente, a luz de la regla de unificación, la recomendación de retiro debe contener las razones reales y objetivas por las cuales se dispuso la desvinculación del servicio, significa ello entonces que en la motivación contenida en los decretos demandados no caben expresiones como “entre otros”, ya que se da entrada a razones distintas que no se indican en el acto de retiro y que lógicamente el interesado desconoce. En el marco de esta litis, el hecho más relevante consiste en que el demandante fue retirado del servicio mediante el Decreto 4859 de 30 de diciembre de 2008. Este acto discrecional no estaba expresamente motivado, en la medida que solo indicó como fundamento normativo la facultad discrecional regulada en la Ley 857 de 2003, indicando que “obedece eminentemente a las razones del servicio con el fin de procurar garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del ESTADO”. (...)la primera regla de unificación se desglosa de la siguiente manera: La recomendación de retiro debe basarse en (i) un estudio pertinente; (ii) respaldada en razones objetivas (sin visos de arbitrariedad o capricho); (iii) plasmadas en la respectiva acta (Esto le permite conocer la razón por la cual fue desvinculado, pues al desconocerla, se torna casi imposible ejercer el derecho de contradicción y defensa); y (iii) se debe conceder la oportunidad al interesado de conocer su contenido. Ciertamente, a luz de la regla de unificación, la recomendación de retiro debe contener las razones reales y objetivas por las cuales se dispuso la desvinculación del servicio, significa ello entonces que en la motivación contenida en los decretos demandados no caben expresiones como “entre otros”, ya que se da entrada a razones distintas que no se indican en el acto de retiro y que lógicamente el interesado desconoce. Al entenderse que están debidamente motivados los decretos demandados, la resolución del caso concreto, entra en contradicción con la parte motiva del fallo que indica “el «estándar mínimo de motivación» al que alude la Corte Constitucional, permite que el interesado pueda conocer los soportes que sirvieron de fundamento a la respectiva recomendación de retiro y el consecuente acto de desvinculación, para que posteriormente pueda ventilar sus inconformidades ante el juez de lo contencioso-administrativo, y este a su turno pueda valorar de manera objetiva si la motivación del acto administrativo estuvo inspirada en el mejoramiento del servicio público o encubre una finalidad contraria a las necesidades del servicio.(...)Por consiguiente, el propósito de la regla de unificación dirigido a que no existan motivos ocultos y ajenos al mejoramiento del servicio, no se cumple en el presente asunto, conllevando a que en la práctica no se garantice la eficacia el derecho al debido proceso, pues la motivación pasa a ser solo un requisito formal. De esta manera, la falta de congruencia entre las evaluaciones de desempeño y el ejercicio de la facultad discrecional motivado en los oficios previamente citados, solo permite inferir que los actos acusados están viciados de nulidad por falsa motivación, en la medida que no expresaron las razones reales que fundaron la decisión de retirar al Mayor del servicio de la Policía Nacional.[...]”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 7 de abril de 2022, 52-001-23-31-000-2009-00349-01\(4288-2016.Con salvamento de voto de William Giraldo Gómez](#)

Salvamento de voto del Consejero César Palomino Cortés

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE MIEMBRO DE LA POLICÍA NACIONAL POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO / PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD / PRINCIPIO DE

RAZONABILIDAD / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD / FACULTAD DISCRECIONAL DEL NOMINADOR

Problema jurídico: *¿Se vulneraron los derechos de proporcionalidad y razonabilidad al retirar del servicio por voluntad del Gobierno a un Mayor de la Policía Nacional por bajos resultados en su gestión, pero en contradicción con la calificación de servicios que destaca su desempeño con múltiples felicitaciones?*

Tesis: “[...]La sentencia indica que pese a que la administración no indique de forma expresa los hechos que dieron lugar a la decisión de retiro del servicio, por este solo hecho el acto no está viciado de nulidad, de modo que corresponde al juez determinar si se satisfacen las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad de la decisión administrativa, en armonía con las reglas de la sana crítica.(...)lo cierto es que en la motivación de los decretos demandados se indicó que las razones de mejoramiento del servicio que se tuvieron en cuenta se fundamentaron en los continuos llamados de atención durante el año 2008, que demostraban los bajos resultados en la gestión del Mayor, como jefe administrativo del Departamento de Policía de Nariño. (...)En mi opinión, si las razones reales y objetivas contenidas en la recomendación de retiro están ligadas a la adecuada gestión administrativa, entonces lo lógico y coherente es que la recomendación correspondiera al contenido de la evaluación de desempeño del accionante, en su calidad de jefe administrativo del Departamento de Policía de Nariño. Por el contrario, las evaluaciones de desempeño del accionante tuvieron una calificación superior de 1200.En efecto, se observa que el Decreto 1140 de 31 de marzo de 2009 hace énfasis en la baja gestión administrativa del Mayor, acreditada con los oficios 000917 COMAN DENAR del 14 de abril de 2008; 001122 COMAN DENAR del 3 de mayo de 2008; 001649 COMAN DENAR del 23 de julio de 2008; y 001782 del 5 de septiembre de 2008. (...)Cabe resaltar que en el asunto bajo estudio, obra la evaluación de desempeño del periodo 1 de febrero a 15 de noviembre de 2008 (9 meses y 15 días), del Mayor Luis Alfredo Burgos Pabón, realizada por el Subcomandante del Departamento de Policía de Nariño. En dicha evaluación se otorgó el actor un puntaje de 1200. Durante este año no obran anotaciones negativas. Por el contrario, del análisis de la evaluación se resaltan 4 felicitaciones. (...)Se plantea entonces claramente la falta de correspondencia entre la evaluación de desempeño del año 2008 calificada con 1200 (puntaje superior) y los referidos oficios, en los que se le reprocha la deficiente gestión administrativa y falta de compromiso.(...)Por tanto, no se explica cómo la Policía Nacional en la evaluación de desempeño le concede al Mayor una calificación superior que no se ve afectada por los “múltiples requerimientos plasmados en los oficios”. No obstante, dichos oficios sí se tienen en cuenta para retirarlo del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, constituyendo la motivación alegada por la entidad. Como resultado del análisis en conjunto de las evaluaciones de desempeño y los referidos oficios, es claro que el acto administrativo que retiró del servicio al actor con fundamento en la facultad discrecional desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que el incumplimiento de unos requerimientos de índole administrativo no afectó su calificación de desempeño, pero para la entidad sí tienen la envergadura suficiente que justifica el retiro para mejorar la prestación del servicio[...]”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 7 de abril de 2022, 52-001-23-31-000-2009-00349-01\(4288-2016\). Con salvamento de voto de César Palomino Cortés](#)

9

**SALA DE CONSULTA
Y SERVICIO CIVIL**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Los servicios de manejo y procesamiento de la información que puedan prestar algunos operadores no configuran por sí mismos la naturaleza de un servicio de telecomunicaciones y no generan la contraprestación periódica consagrada en los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC.

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional, por conducto del ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC –, consulta a la Sala sobre si los servicios de telebanca y transacción financiera a distancia, así como los de vigilancia privada o monitoreo de alarma, son hechos generadores de la contraprestación que deben pagar los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS VINCULADOS A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – Los servicios de manejo y procesamiento de la información que puedan prestar algunos operadores no configuran por sí mismos la naturaleza de un servicio de telecomunicaciones

Problema jurídico 1: ¿Los servicios informáticos de manejo y procesamiento de información que prestan algunos operadores (de la naturaleza de telebanca, transacciones financieras a distancia, vigilancia y monitoreo de predios), configuran el hecho generador de la contraprestación periódica en los términos de los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009, estén o no asumiendo ante el usuario la responsabilidad por la conexión y transmisión de datos?

Tesis: “A la luz del ordenamiento jurídico vigente, los servicios de manejo y procesamiento de la información que puedan prestar algunos operadores, según las características específicas de cada uno, no configuran por sí mismos la naturaleza de un servicio de telecomunicaciones, ni generan la contraprestación periódica consagrada en los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC. No obstante, si en forma adicional a los servicios de manejo y procesamiento de información, el mismo proveedor presta servicios de emisión, recepción y transmisión de la información, con la responsabilidad inherente a su provisión, se configura un servicio público de telecomunicaciones, con las obligaciones y derechos propios de la calidad de PRST, incluido el pago de la contraprestación periódica mencionada en la pregunta, de conformidad con el régimen jurídico vigente y las consideraciones expuestas. La calidad de PRST y de sus correspondientes obligaciones dependerá de si el proveedor asume la responsabilidad ante los usuarios y ante las autoridades administrativas por la transmisión de la información, esto es, por el servicio de telecomunicaciones”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de servicio de valor agregado en telecomunicaciones, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencias del 24 de agosto de 2000, radicación 6287. M.P. Juan Alberto Polo Figueroa; del 1 de febrero de 2001, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero y del 13 de septiembre de 2001, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS VINCULADOS A LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – El número de beneficiarios de una conexión o transmisión no constituye ni genera por sí sola la causación de la contraprestación periódica a que se refieren los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC

Problema jurídico 2: ¿Una misma transmisión de datos que es hecha por un operador para un proveedor de contenidos o aplicaciones y de la cual se beneficia un usuario final, ¿es objeto de una doble contraprestación periódica de la que hablan los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009: una en cabeza de quien ejecuta originalmente la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y otra en cabeza del proveedor de contenidos que recibe los datos los transforma a través de aplicaciones para beneficio del usuario final de todo el proceso? ¿Se causaría la contraprestación periódica a la que se refieren los artículos 10 y 36 de la misma Ley 1341 de 2009 tantas veces como haya beneficiarios de una conexión o transmisión?

Tesis: “El número de beneficiarios de una conexión o transmisión no constituye ni genera por sí sola la causación de la contraprestación periódica a que se refieren los artículos 10 y 36 del Estatuto de las TIC. Sobre la parte de esta pregunta, que tiene como objetivo determinar si se causa una doble contraprestación, una a cargo del operador que transmite la información, y otra a cargo del proveedor de contenidos y de tratamiento de la información, la Sala se remite a la respuesta dada a la primera pregunta y a las consideraciones expuestas en este concepto. De todas maneras, independiente del tipo de servicio que se preste, de contenidos, de manejo y procesamiento de información, o de telecomunicaciones, en los términos expuestos en este concepto, el proveedor debe responder por los derechos de los usuarios en los términos consagrados en la Ley 1341 de 2009 o en sus normas supletorias”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2333 del 16 de mayo de 2018; C.P. Edgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2017-00056-00\(2333\)](#)

2. Para otorgar un contrato de concesión del servicio de radiodifusión sonora comercial es necesario el cumplimiento del deber de selección objetiva y no resulta obligatorio llevar a cabo una subasta pública en la licitación.

Síntesis del caso: *El ministro de de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones solicitó el concepto de la Sala sobre los criterios que deben tenerse en cuenta para la evaluación de las ofertas y la adjudicación de los contratos de concesión para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en la modalidad comercial.*

SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA COMERCIAL / CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA COMERCIAL – Obligatoriedad de aplicación del principio de selección objetiva y del mecanismo de licitación pública / CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA COMERCIAL – No resulta obligatorio el empleo del mecanismo de subasta pública

Problema jurídico 1: *¿La asignación de espectro y el otorgamiento de concesiones del servicio de radiodifusión sonora comercial, debe efectuarse empleando reglas de selección que prioricen el propósito de maximizar los recursos del Estado, como la subasta; o pueden emplearse otras reglas de selección al amparo del artículo 57 de la Ley 1341 de 2009 y de las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aunque no necesariamente prioricen el objetivo de maximizar recursos del Estado?*

Tesis: “[N]o es obligatorio el empleo de la subasta pública en la licitación para otorgar la concesión del servicio de radiodifusión sonora comercial y asignar las respectivas bandas de frecuencia, ni tampoco puede buscarse, como único o principal objetivo, la “maximización de los recursos del Estado”, conforme a lo explicado en este concepto. En efecto, lo que verdaderamente ordena la Ley 1341 de 2009 (artículos 11, 57 y 72) es que se respete, para estos propósitos, el deber de selección objetiva, lo cual se traduce, en primer lugar, en la necesidad de utilizar el procedimiento de la licitación pública, tal como está regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en sus normas reglamentarias. Dentro de dicho procedimiento puede usarse facultativamente el mecanismo de subasta, si se considera conveniente para el interés público, en atención a los fines y las características particulares del servicio de radiodifusión sonora, así como a las demás circunstancias que sean relevantes en el caso concreto. En cuanto a los objetivos que deben buscarse con dicho proceso de contratación, la Sala considera que uno de ellos es la “maximización de los recursos para el Estado”, con destino al Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y al Fondo para el Desarrollo de la Televisión, como lo dispone el artículo 72 de la Ley 1341. Sin embargo, no es este el único objetivo que puede ni debe buscarse con este proceso. Por el contrario, existen varias finalidades que deben perseguirse simultáneamente, balanceándolas de forma cuidadosa, entre las cuales están: (i) la protección y promoción de los derechos constitucionales previstos en el artículo 20 de la Carta Política, especialmente la libertad de expresión, la libertad de opinión, la libertad de información y la libertad de fundar medios masivos de comunicación; (ii) la transparencia; (iii) la buena calidad y cobertura del servicio de radiodifusión sonora; (iv) la garantía de otros derechos fundamentales de las personas, como la honra, el buen nombre, el derecho a la intimidad, el debido proceso y los derechos prevalentes de los menores de edad; (v) la libre competencia; (vi) la igualdad en el acceso al uso del espectro radioeléctrico; (vii) la seguridad nacional y la integridad del territorio; (viii) la preservación del medio ambiente y de la salud pública; (ix) los valores culturales de la

nación colombiana; (x) el acceso de las personas a los beneficios de la educación, el arte y la cultura; (xi) la eficiencia en el uso del espectro radioeléctrico, y (xii) el normal y correcto funcionamiento de los demás servicios y sistemas de telecomunicaciones que utilizan el espectro”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los principios que deben regir el proceso de contratación directa, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de abril de 2017, radicación N° 25000-23-26-000-2001-00309-01(35163)B.

DERECHO A FUNDAR MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN / SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA COMERCIAL / CONTRATO DE CONCESIÓN DEL SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA COMERCIAL – La selección de concesionarios debe buscar la protección del derecho a fundar medios masivos de comunicación

Problema jurídico 2: *En cualquier caso, ¿el proceso de selección debería ser consecuente con el derecho fundamental consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución Política?*

Tesis: “[E]l proceso de selección de los concesionarios del servicio de radiodifusión sonora debe buscar, entre otros fines, la efectiva protección, garantía y promoción de los derechos y libertades fundamentales previstos en el artículo 20 de la Carta Política y en los instrumentos internacionales que conforman el “bloque de constitucionalidad”. Por lo tanto, dicho proceso debe ser absolutamente consecuente con el logro de dicha finalidad”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el derecho a fundar medios masivos de comunicación, ver: Corte Constitucional, sentencia C-359 de 2016.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2370 del 23 de mayo de 2018; C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00042-00\(2370\)](#)

10
GÉNERO Y NO
DISCRIMINACIÓN



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN TERCERA

1. Se exime de responsabilidad al Estado por privar de la libertad a ciudadano por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de edad incapaz de resistir.

Síntesis del caso: El demandante principal fue privado de la libertad imputado del delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, investigación penal que finiquitó con sentencia absolutoria en aplicación del principio de in dubio pro reo. Demanda en acción de reparación directa los perjuicios que le ocasionaron a él y a su núcleo familiar.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CAUSALES DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CULPA DE LA VÍCTIMA / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / PRUEBA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / HECHO DE LA VÍCTIMA / VERSIÓN DEL IMPUTADO / CONTRADICCIÓN PROCESAL / INDAGATORIA / CAPTURA / NEGACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PERSPECTIVA DE GÉNERO / VIOLENCIA DE GÉNERO / MENOR DE EDAD / AGRESIÓN AL MENOR DE EDAD / VIOLENCIA FÍSICA CONTRA MENOR DE EDAD / VIOLENCIA CONTRA MENOR DE EDAD / MALTRATO AL MENOR DE EDAD / HIJO MENOR DE EDAD / DELITO SEXUAL EN MENOR DE EDAD / ACCESO CARNAL ABUSIVO CON INCAPAZ DE RESISTIR

Problema jurídico: ¿Las contradicciones y los cambios en las versiones que rindió el demandante en su captura e indagatoria durante la investigación penal adelantada por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de edad incapaz de resistir, fueron determinantes en la imposición de la medida de aseguramiento, razón por la cual está configurada la culpa exclusiva de la víctima?

Tesis: “[L]a Sala confirmará la decisión de negar las pretensiones de la demanda porque considera que sí se configuró la culpa exclusiva de la víctima, debido a las versiones contradictorias que ofreció el demandante (...) durante la investigación penal. Estas contradicciones fueron determinantes en la imposición de la medida de aseguramiento dictada en su contra. Con la resolución del 25 de abril de 2005 está demostrado que la Fiscalía dictó medida de aseguramiento contra el demandante (...), a quien imputó haber cometido el delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir. La Fiscalía basó la medida en los siguientes elementos de convicción: El informe de la captura del demandante (...) según el cual el demandante llevó al Hospital de la Misericordia a su hija, de dos meses de edad, con señales de abuso sexual. De acuerdo con el informe, el demandante explicó que las lesiones fueron causadas cuando por accidente le introdujo un supositorio pediátrico a la menor. La denuncia formulada por (...), madre de la menor (...). Las versiones rendidas por el demandante (...) en la entrevista realizada durante su captura y en la indagatoria. (...) La historia clínica de la menor (...). El examen médico legal practicado el 3 de noviembre de 2004 a la menor por los médicos adscritos a Medicina Legal. A partir de estos medios de convicción, la Fiscalía infirió los siguientes indicios: (i) un indicio de <<materialidad de la conducta>> porque se probó que la lesión de la menor fue causada por una maniobra realizada por el demandante; (ii) un indicio de <<oportunidad>> porque la conducta se cometió mientras la madre de la menor estaba ausente: ella se la entregó al demandante (...) para poder ir al baño; (iii) un indicio de <<mala justificación y mentira>> derivado de la falta de credibilidad de las exculpaciones dadas por el demandante (...) y de las contradicciones en las que incurrió en las distintas versiones que rindió durante la investigación.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 11 de marzo de 2022, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 25000-23-26-000-2006-02178-01\(46752\).](#)

2. En casos de violencia contra la mujer, la valoración probatoria debe ser más flexible.

Síntesis del caso: Una mujer que laboraba en la Secretaría de Salud Municipal de Cali fue abordada en su lugar de trabajo por el hombre con quien había tenido una relación sentimental. En dicho lugar aparentemente tuvieron una discusión sobre la verdadera paternidad de su hijo. Cuando la mujer se disponía a abandonar la reunión para continuar con sus labores, el hombre le disparó en repetidas oportunidades ocasionándole la muerte.

MEDIOS DE PRUEBA / PRUEBA TRASLADADA / PRUEBA TRASLADADA DE PROCESO PENAL / VALIDEZ DE LA PRUEBA TRASLADADA / CRITERIO DE PRUEBA TRASLADADA / ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TRASLADADA / VÍCTIMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / ANÁLISIS DE LA PRUEBA POR EL JUEZ / PERSONA EN ESTADO DE INDEFENSIÓN / GÉNERO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / VIOLENCIA DE GÉNERO / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / GARANTÍAS DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN CONJUNTO / SISTEMA DE REGLAS DE LA EXPERIENCIA / REQUISITOS DEL SISTEMA DE REGLAS DE LA EXPERIENCIA / IMPULSO DEL PROCESO / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ

Problema jurídico: ¿En eventos de violación grave de derechos humanos por violencia contra la mujer, la valoración probatoria debe ser más flexible?

Tesis: “Los elementos de convicción recopilados en el proceso penal adelantado con ocasión de la muerte de la señora [...] serán apreciados en su integridad, toda vez que su traslado fue solicitado por la parte actora y coadyuvado por el municipio de Cali al contestar la demanda, entidad que además tuvo la oportunidad de impugnar y cuestionar tales pruebas, sin que formulara ninguna objeción sobre el particular, además fueron tomadas por ambos extremos procesales como base para sus argumentos litigiosos, lo cual indica el adecuado ejercicio y garantía del derecho de contradicción. En todo caso, la Sala advierte que se está frente a un caso de violación grave de derechos humanos, por tratarse de un hecho de violencia en contra de la mujer; por tanto, la valoración probatoria debe ser más flexible dadas las circunstancias de indefensión en que se encuentran las víctimas en este tipo de eventos, razón por la cual la Sala, en virtud de los principios de justicia material y de acceso a la Administración de Justicia, dará valor a la totalidad de los elementos de convicción que obran en dicho encuadernamiento, decisión que se ajusta plenamente a lo precisado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013. El enfoque de género en estos casos obliga al juez a valorar las pruebas que obran en el expediente teniendo en cuenta las reglas de la experiencia con especial rigor, para que la lectura sistemática de la realidad le permita identificar y entender los patrones de discriminación, sometimiento o violencia contra la mujer. Esto conmina al juez, además, a activar sus potestades legales en el impulso probatorio del proceso [...]. En este sentido, es deber de los jueces apreciar el acervo probatorio conforme a la perspectiva de género, esto es, con base en una interpretación sistemática y comprehensiva de la realidad y considerando las condiciones de vulnerabilidad, lo que implica para los jueces y, en general, para las autoridades públicas un deber reforzado de protección en todos los ámbitos, tanto privado como público, con el fin de eliminar todas las formas de violencia. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la valoración probatoria en eventos de violencia de género, ver sentencia de 28 de agosto de 2014, rad. 32988, C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de febrero de 2022, C. P. María Adriana Marín, radicación: 76001-23-31-000-2006-03718-01\(50817\).](#)

3. El Consejo de Estado niega la nulidad de algunas disposiciones del Decreto 1851 de 2015, entre otras razones, por no vulnerar los derechos a la igualdad, a la educación y el principio de diversidad étnica y cultural, con la definición del percentil aplicado en las

pruebas SABER, que se definieron como estándar mínimo habilitante del banco de oferentes para la contratación del servicio público de educación.

Síntesis del caso: *“La parte demandante interpuso el medio de control de nulidad contra el Decreto 1851 de 2015 “[por] el cual se reglamenta la contratación del servicio público educativo por parte de las entidades territoriales certificadas y se subroga un capítulo del Decreto 1075 de 2015. El centro del reproche gravita en torno al cuestionamiento de orden legal y constitucional que plantea la parte demandante, en relación con la medida de cálculo del percentil que, por disposición del Decreto parcialmente demandado, se determinó aplicar a los resultados de las pruebas SABER como estándar mínimo habilitante del banco de oferentes para la contratación del servicio público de educación.”*

REEVALUACIÓN DEL PERCENTIL EN EXAMEN DE ESTADO DE LA EDUCACIÓN MEDIA / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DE LA NORMA / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

Problema jurídico 1: *¿La utilización del percentil en las pruebas SABER, desconoce el derecho a la igualdad, al principio de diversidad étnica y cultural o al derecho a la educación?*

Tesis 1: “La parte demandante postula como una violación del derecho a la igualdad, que la base de cálculo que resulta de la aplicación de las pruebas SABER deje de considerar las diferencias que se generan por las variadas condiciones sociales, culturales y familiares que inciden en sus resultados, en tanto se genera un algoritmo estadístico que iguala resultados que no pueden ser equiparados, y pasa por alto los proyectos educativos que se implementan en zonas deprimidas por no tener reflejo en las pruebas SABER (...) [N]o comparte la Sala el reproche que se examina, teniendo en cuenta, en primer lugar, que la norma acusada establece que el conjunto de datos a analizar, para la definición del percentil, corresponde a un porcentaje mínimo en las pruebas SABER aplicada a los establecimientos educativos de la respectiva entidad territorial certificada donde eventualmente se vaya a efectuar la contratación; de modo que lo que procura este mecanismo es la inclusión de todos los datos relativos a los prestadores del servicio y, por consecuencia, trae aparejada la incorporación en la definición del percentil de los datos de las instituciones cuyos resultados, sin duda, reflejan las particularidades sociales y culturales asociadas a la jurisdicción del ente territorial; dispositivo concordante con el ámbito de aplicación de las normas relativas a la contratación del servicio educativo por parte de las entidades territoriales certificadas, según el art. 2.3.1.3.1.1. del decreto enjuiciado. [B]ajo la obligación de aseguramiento en calidad a cargo del Estado (art. 67 de la C. P.), no se observa ilegalidad en la utilización del percentil ni desconocimiento del derecho a la igualdad, al principio de diversidad o al derecho a la educación; por el contrario, dicho mecanismo exhibe verdaderos estándares mínimos para la impartición de la enseñanza, que cualquier institución que quiera contratar por el Estado, en el ámbito descrito, debe acreditar, sin que se observe que el porcentaje fijado para el percentil resulte desbordado o excluyente, pues justamente una educación con calidad base para todos, es la que redunde en reales oportunidades de progreso y desarrollo humano, cultural y social; es más, resulta en una acción afirmativa para alcanzar los estándares mínimos que garanticen el derecho a la educación, en las condiciones que impone la Constitución Política y los instrumentos internacionales. [...] Al hilo de lo dicho, sin mediar razones de ilegalidad en el uso de los resultados de las pruebas SABER y su aplicación en la evaluación de idoneidad que desarrolló el Decreto 1851 de 2015 en la norma sub examen, no hay camino distinto al de negar el presente cargo, comoquiera que la preferencia del actor respecto del uso del Índice Sintético de Calidad en la Educación, no resta validez al instrumento legal y constitucionalmente concebido para evaluar su calidad por parte del Estado en sus diversos componentes (art. 1 de la Ley 1324 de 2009), ni se observa la irracionalidad de la medida; lo anterior, a su vez, hace innecesario sumergirse en la distinción entre el ISCE y el alcance y componentes de las pruebas SABER.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 22 de abril de 2022; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 11001032600020150016300\(55827\)](#)