

EDICIÓN  
**264**

MARZO 2023



#MeSuscriboMeActualizo

# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

### JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL  
ISSN: 2711-385X

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

**Jaime Enrique Rodríguez Navas**  
Presidente Consejo de Estado

## COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate  
Hernando Sánchez Sánchez  
César Palomino Cortés  
Myriam Stella Gutiérrez Argüello  
Wilson Ramos Girón  
Ana María Charry Gaitán  
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

Daniel Felipe Mayorga Alejo

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**

Juan Sebastián Solarte Álvarez

### **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. 264, marzo de 2023

ISSN: 2711-385X

[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)

Consejo de Estado

Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.

Palacio de Justicia

Bogotá D.C. – Colombia

# CONTENIDO

<b>CONTENIDO</b>	<b>3</b>
<b>EDITORIAL</b>	<b>5</b>
<b>I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS</b>	<b>6</b>
➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00466-00	
➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00010-00 (25290)	
➤ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2023-00045-00.	
➤ C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2022-00192-00.	
➤ C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2022-00203-00.	
<b>II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES</b>	<b>8</b>
➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 11001-03-15-000-2022-05113-01(AC).	
➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-15-000-2022-04905-01 (AC).	
➤ C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-15-000-2022-05245-01 (AC).	
➤ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 88001-23-33-000-2020-00072-01(AP).	
➤ C.P. María Adriana Marín, radicación: 13001-23-33-000-2014-00406-01 (AP), SV. Marta Nubia Velásquez Rico	
<b>III. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO</b>	<b>21</b>
➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2021-02940-00(REV)	
➤ C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-15-000-2022-05556-00(PI)	
➤ C.P. Cesar Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2012-02124-00(REV)	
➤ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15-000-2022-05841-00(PI)	
<b>IV. SECCIÓN PRIMERA</b>	<b>34</b>
➤ C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00466-00.	
➤ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2023-00045-00.	
<b>V. SECCIÓN SEGUNDA</b>	<b>43</b>
➤ C.P. William Hernández Gómez, radicación: 15001-23-33-000-2019-00103-01 (3083-2022)	
➤ C.P. César Palomino Cortés, radicación 630001-23-33 -000-2018-00154-01 (6614-2019)	
➤ C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 05001-23-33 -000-2016-00408-01 (2788-2022)	
➤ C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 27001-23-33-000-2016-00025-01 (1131-2019)	
<b>VI. SECCIÓN TERCERA</b>	<b>52</b>
➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 15001-23-33-000-2019-00076-01(67430)	
➤ C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-36-000-2015-02490-01(60325)	
➤ C.P. María Adriana Marín, radicación: 19001-23-31-000-2010-00030-01(54782)	
➤ C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01(66700)	
➤ C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-26-000-2004-01049-01(43128).	
➤ C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 66001-23-31-000-2011-00138-02(68605)	
➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 08001-23-31-000-2010-00905-01(44839) proceso acumulado 08001-23-31-000-2011-01170-01(57469).	
➤ C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 85001-23-33-002-2016-00146-01 (61395).	
<b>VII. SECCIÓN CUARTA</b>	<b>81</b>
➤ C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00010-00 (25290).	
➤ C.P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2015-01087-01 (25880).	
➤ C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2018-00094-01 (26918).	
➤ C.P. Wilson Ramos Girón, radicación: 68001-23-33-000-2017-00777-01 (26783).	

## VIII. SECCIÓN QUINTA

93

- C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 50001-23-33-000-2022-00027-02.
- C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 25000-23-41-000-2022-00486-01.
- C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00204-00.
- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2021-00032-00.

## IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

101

- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00078-00(C)
- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00245-00(C)
- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00101-00(2478).
- Levantamiento de reserva mediante oficio del 9 de marzo de 2023.
- C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2020-00234-00(2458).  
Levantamiento de reserva mediante auto del 13 de marzo de 2023.

## X. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO

117

- C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000 23 42 000 2015 01265 01 (4620-2017)
- C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 41001-23-33-000-2023-00008-01 (AC).

# EDITORIAL

El Consejo de Estado se complace en presentar su boletín “*Jurisprudencia y Conceptos*”, en su edición 264 para el mes de marzo del 2023.

En esta ocasión, resaltamos diferentes pronunciamientos en temas constitucionales, contenciosos, de género y no discriminación y algunos conceptos cuando la Corporación actúa como órgano consultivo del Estado.

En una acción de tutela proferida por la Sección Quinta como juez de segunda instancia, se decidió revocar una sentencia que declaró improcedente la acción, al considerar que, se vulneraron los derechos fundamentales de una persona de la tercera edad como sujeto de especial protección constitucional, al condicionarse el pago de una condena de una reliquidación pensional hasta la resolución de un recurso extraordinario de revisión.

Por otro lado, en una acción popular ejercida por un ciudadano en contra del Ministerio de Cultura y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, entre otros, el Consejo de Estado ordenó terminar y liquidar el contrato de arrendamiento sobre el baluarte Santo Domingo ubicado en las murallas, destinado al uso del establecimiento comercial, Café del Mar. Lo anterior, al encontrar que ese contrato vulneró los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y patrimonio cultural de la Nación.

La Sección Tercera conoció de un conflicto jurídico respecto del cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa, en el que reiteró que la extensión o agravación del daño prolongado en el tiempo, no amplía el termino de contabilización, puesto que no se desvirtúan las reglas previstas en el artículo 136-8 de CCA.

Así mismo, en una acción de la misma naturaleza y fallado por la misma Sección, se condenó al Ejército Nacional bajo el título de falla del servicio, por presentar a un civil, menor de edad desaparecido, como muerto en combate.

La Sección Cuarta en una de sus providencias, precisó el alcance de los principios de moralidad administrativa y confianza legítima, así como la teoría de respeto del acto propio, en el marco de la relación jurídico tributaria.

En otros asuntos de competencia de la Sección Quinta, dentro del medio de control de nulidad electoral, se negó la nulidad del nombramiento de una Magistrada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al establecer que se acreditaron los requisitos para su nombramiento y, además, los argumentos del demandante no desvirtuaron la legalidad del acto de elección.

Por último, en punto de equidad de género y no discriminación, la Sección Segunda reiteró que, es deber de todos los funcionarios judiciales, aplicar la perspectiva de género en los asuntos puestos en su conocimiento, a fin de llegar a decisiones justas que reconozcan las desigualdades sociales a las que se ven sometidos, como en el caso analizado, sobre las mujeres en condición de maternidad.

Esta importante herramienta de consulta jurisprudencial, está disponible mes a mes, en la página web de la Corporación a través del siguiente enlace:

<https://www.consejodeestado.gov.co/boletin-de-jurisprudencia/index.htm>

# I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS

## ANULADAS SECCIÓN PRIMERA

El Decreto 2820 de 2010, expedido por el Gobierno Nacional, "Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales": La expresión "igual o", contenida en el literal a) del numeral 4. del artículo 8º; las expresiones "con excepción de los plaguicidas de origen biológico elaborados con base en extractos naturales", "con excepción de aquellos de uso tópico para mascotas y los accesorios de uso externo tales como orejeras, collares, narigueras, etc." y "con excepción de aquellos plaguicidas para uso doméstico en presentación o empaque individual", contenidas en los literales a), b) y e) del numeral 10. del artículo 8º; la expresión "Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud", contenida en el inciso segundo del numeral 1º. del artículo 23; la expresión "en un plazo de treinta (30) días hábiles" contenida en el numeral 3º. del artículo 23, e las expresiones "que deben ser remitidos en un plazo no superior a veinte (20) días hábiles, contados desde la fecha de radicación de la comunicación correspondiente", "dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes" y "en un término no mayor a veinticinco (25) días hábiles, contados a partir de la expedición del auto que declare reunida la información", contenidas en la parte final del numeral 2. y en los numerales 3. y 5. del artículo 25; y el artículo 44.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de octubre de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00466-00. \(ver página 35 de este boletín\).](#)

## SECCIÓN CUARTA

El Concepto 100208221-469 del 23 de abril de 2020, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN: en forma parcial.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de febrero de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00010-00 \(25290\) \(ver página 82 de este boletín\).](#)

## SUSPENDIDAS SECCIÓN PRIMERA

El Decreto 227 de 2023, expedido por el Presidente de la República, «Por el cual se reasumen algunas de las funciones Presidenciales de carácter regulatorio en materia de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 2 de marzo de 2023; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2023-00045-00. \(ver página 40 de este boletín\).](#)

## EXHORTOS

**1. La Sección Quinta exhortó al demandante recurrente en reposición para evitar la presentación de recursos dilatorios.**

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: "CUARTO: EXHORTAR al recurrente para que evite la presentación de peticiones dilatorias, según lo explicado en la parte motiva, so pena que el despacho inicie un procedimiento sancionatorio."

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 13 de febrero de 2023, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2022-00192-00.](#)

## **2. La Sección Quinta exhortó al demandante recurrente en reposición para evitar la presentación de recursos dilatorios.**

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: "CUARTO: EXHORTAR al recurrente para que evite la presentación de peticiones dilatorias, según lo explicado en la parte motiva, so pena que el despacho inicie un procedimiento sancionatorio."

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 17 de febrero de 2023, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2022-00203-00.](#)

**ASUNTOS  
CONSTITUCIONALES**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

# ACCIONES DE TUTELA

## 1. Configuración del defecto sustantivo al desconocer la providencia judicial que la acción de grupo procede para solicitar la nulidad de un acto administrativo de carácter particular cuando afecte a veinte o más personas individualmente determinadas.

*Síntesis del caso:* Los accionantes interpusieron el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo contra la Nación, Rama Judicial, para obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución DESAJCLR16-2013 del 3 junio de 2016 y el acto presunto con efectos negativos resultante del silencio administrativo que resolvió el recurso de apelación, a través de los cuales la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial les negó el derecho a incluir la bonificación judicial de que trata el Decreto 0383 de 2013 en la base de liquidación de las prestaciones sociales. Mediante sentencia del 17 de septiembre de 2019, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, accedió a las pretensiones de la demanda y, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada, el 18 de julio de 2022 el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de Conjuces, revocó lo decidido por el a quo al considerar que la acción de grupo no es el medio de control judicial procedente para cuestionar la legalidad de actos administrativos particulares de carácter laboral.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA EN ACCIÓN DE GRUPO / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / DEFECTO SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD / ORDEN JURÍDICO VIGENTE / INDEBIDA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / FALTA DE APLICACIÓN DE LA NORMA / LEY 1437 DE 2011 / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE GRUPO / DEMANDA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR / ACTO ADMINISTRATIVO QUE NIEGA SOLICITUD / INCLUSIÓN DEL FACTOR SALARIAL / BONIFICACIÓN JUDICIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO DE LA RAMA JUDICIAL / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

*Problema jurídico:* ¿Se debe confirmar la sentencia de primera instancia que amparó los derechos fundamentales en relación con el defecto sustantivo alegado contra la providencia cuestionada, por omisión en la aplicación del artículo 145 de la ley 1437 de 2011 que permite el ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, contra actos administrativos de carácter particular y en su lugar lo tuvo por improcedente?

Tesis: “Lo argumentado por los accionantes, en punto del defecto sustantivo, se fundamenta en que consideran que la autoridad judicial accionada omitió considerar el contenido del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011 que autoriza el ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, contra actos administrativos de carácter particular y lo tuvo por improcedente, pese a que el caso bajo estudio cumplía con los presupuestos que viabilizan su ejercicio. (...) Pues bien, para definir la posible configuración del defecto sustantivo, de acuerdo con lo expuesto en precedencia, advierte en principio la Sala que la controversia planteada por los accionantes en el medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, giró en torno a que se inaplique la expresión «y constituirá únicamente

factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud» contenida en el artículo primero del Decreto 383 de 2013 y demás normas que lo modificaron y, que se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron a los demandantes el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como factor salarial para todos los efectos legales y el pago de las acreencias laborales derivadas de las diferencias causadas. Bajo este panorama, se observa que el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de Conjuces, en la providencia cuestionada, se ocupó de verificar si resultaba viable acudir a la acción de grupo para realizar la reclamación contenida en la demanda, por lo que invocó pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, tales como las sentencias C-1062 de 2000, C-569 de 2004 y, de manera especial a la Sentencia de Unificación del 13 de julio de 2021, proferida por la Sala Plena de la última corporación mencionada dentro del expediente 05001-33- 31-009-2006-00210-01 y, concluyó que al ser esta vía procesal de exclusivo carácter indemnizatorio, cuando medie una reclamación de acreencias laborales, el instrumento de control a ejercer, debe ser el de nulidad y restablecimiento del derecho. De esta manera determinó que las pretensiones del grupo demandante por tratarse de reclamaciones de índole salarial y prestacional de empleados de la Rama Judicial, de acuerdo con la precitada sentencia de unificación, deben ser resueltas por el juez laboral contencioso administrativo, aspecto que no fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la sentencia de primera instancia. Las razones precedentes le sirvieron de sustento al Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de Conjuces para establecer que, dada la improcedencia del medio de control de reparación de los daños causados a un grupo, procedía la revocatoria del fallo apelado que había accedido parcialmente a las pretensiones de la demanda, para en su lugar, negarlas. De acuerdo con el anterior derrotero, se advierte en el caso bajo estudio que, como lo evidenció el a quo, la autoridad judicial accionada, para efectos de establecer la procedencia del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, debió examinar el contenido del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, que señala la posibilidad procesal de acudir a este medio procesal para solicitar la nulidad de un acto administrativo particular que afecte a no menos de 20 personas individualmente determinadas. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien tuvo como fundamento de su decisión una sentencia de unificación, esto es, la del 13 de julio de 2021, proferida dentro del mecanismo de revisión eventual de la acción de grupo 05001-33-31-009-2006- 00210-01, no resultaba aplicable al asunto puesto bajo su consideración, pues, ciertamente fijó fundamentos de la improcedencia de esta vía procesal cuando las pretensiones están dirigidas a la indexación y pago de intereses moratorios por el reconocimiento y pago tardío de reajustes salariales de empleados públicos, pero dentro del marco del Decreto 01 de 1984 y la Ley 472 de 1998. En efecto, el medio de control de grupo fue interpuesto por los accionantes en vigor de la Ley 1437 de 2011, comoquiera que esta entró a regir el 2 de julio de 2012, y la respectiva demanda fue interpuesta el 1 de septiembre de 2016, por tanto, la regla jurisprudencial fijada en la precitada sentencia de unificación, en la medida en que se dirigió a zanjar el debate jurídico surgido en torno al ejercicio de esta clase de acciones en vigencia del Decreto 01 de 1984, no podía ser aplicada para resolver la controversia propuesta por los accionantes. Sobre el particular, la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, en la Sentencia C-407 de 2021, 23 precisó que a través de esta norma se permitió entablar el medio de control de perjuicios causados a un grupo, contra actos administrativos, cuando se requiere la declaratoria de nulidad, para declarar la responsabilidad, aspecto que no estaba previsto en la Ley 472 de 1998, que se refería a la acción de grupo exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios, de manera que la declaratoria de nulidad del acto administrativo estaba sometida a un proceso previo y separado, que era el de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, la sentencia de constitucionalidad en mención advierte, que la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo no impide que a través de ese medio se pretenda la declaratoria de nulidad de actos administrativos con ocasión del daño antijurídico para determinar la responsabilidad, pues, precisamente, facilita el acceso a la reparación. Ahora bien, es sabido que la autonomía propia de la actividad judicial, permite al operador jurídico apartarse de precedentes jurisprudenciales, siempre que justifique de manera suficiente y razonada los motivos por los cuales, según su criterio, los parámetros fijados en dichas decisiones no resultan aplicables para resolver la controversia jurídica sometida a su consideración; sin embargo en el presente caso, no se advierte que la autoridad judicial accionada, haya manifestado los motivos por los cuales, la tesis utilizada para definir la procedencia del medio de control de grupo, debía preferirse a la surgida con ocasión de la entrada en vigor del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011. En ese orden de ideas, lo que se avizora es que la sentencia cuestionada, en primer lugar, no tuvo en cuenta el examen del inciso segundo del artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, norma vigente para el momento de instauración de la demanda; en segundo lugar, fundamentó la decisión en un precedente jurisprudencial cuya regla de unificación no era aplicable a la

situación jurídica puesta a su consideración y, en tercer lugar, omitió examinar el precedente jurisprudencial fijado en la sentencia C-407 de 2021.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 26 de enero de 2023, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 11001-03-15-000-2022-05113-01\(AC\).](#)

## **2. Se declara improcedente la acción de tutela dirigida a cuestionar el Decreto a través del cual el Ministerio de Interior nombró al gobernador encargado del Cesar.**

*Síntesis del caso:* La parte actora enjuició el Decreto a través del cual el Ministerio de Interior nombró a un gobernador encargado, por supuestamente estar inmerso en una casual de inhabilidad y por violar los derechos a la moralidad administrativa.

**ACCIÓN DE TUTELA / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / DESIGNACIÓN DE GOBERNADOR / NULIDAD DE LA DESIGNACIÓN DE GOBERNADOR / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / FALTA DE PRUEBA DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE**

*Problema jurídico:* ¿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 la legalidad del Decreto 1190 del 15 de julio de 2022, acto administrativo por medio del cual se designó como gobernador del departamento de Cesar a [A.F.M.A.], en específico, el medio de control de nulidad electoral?

Tesis: “[L]a Sala observa que la pretensión principal del accionante es dejar sin efectos el Decreto 1190 del 15 de julio de 2022, por medio del cual se designó como gobernador del departamento de Cesar a [A.F.M.A.], y que todas las demás solicitudes se desprenden de esta y le son accesorias. En ese sentido, es claro que, tal como fue ya manifestado por el juez de primera instancia, la pretensión principal pudo ser propuesta a través de una acción de nulidad electoral y, de hecho, ese es el mecanismo judicial idóneo y eficaz establecido por el ordenamiento jurídico para que el actor pueda obtener lo que solicita. Ahora, la parte actora alegó que ya había operado el fenómeno de la caducidad con respecto a la posible acción de nulidad electoral y que, por esa razón, no contaba con ningún mecanismo judicial eficaz para la protección de sus derechos. No obstante, cabe recalcar que la acción de tutela no puede ser un instrumento usado para enmendar errores o actos negligentes de las partes en el proceso ordinario. Por esa razón, la Sala echa de menos la mención de circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido de manera oportuna el mecanismo judicial que tenía a su alcance y es por ello que se hace imposible obviar el requisito de subsidiariedad. Finalmente, también se observa que no hay referencia o prueba alguna que justifique la procedencia de la presente tutela como mecanismo transitorio, pues tampoco se demostró la inminencia de un perjuicio irremediable.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de febrero de 2023, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 11001-03-15-000-2022-04905-01 \(AC\).](#)

## **3. Se vulneran los derechos fundamentales de la persona de la tercera edad, como sujeto de especial protección constitucional, cuando se condiciona el**

## **pago de la condena de una reliquidación pensional, hasta la resolución de un recurso extraordinario de revisión.**

***Síntesis del caso:** Se presenta acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Caldas, por la presunta vulneración de los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva, en razón a que dentro de un proceso ejecutivo adelantado contra la UGPP, por el pago de una reliquidación pensional de una persona de la tercera edad, como sujeto de especial protección constitucional, se dispuso consignar los dineros objeto de una condena judicial en una cuenta especial bancaria, hasta tanto se resolviera el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de segunda instancia, dictada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que había accedido a las pretensiones del accionante. El juez de tutela, en sede de segunda instancia, decide revocar la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto el asunto goza de amplia relevancia constitucional y, en su lugar, decide amparar los derechos fundamentales de la parte actora, al considerar que las decisiones proferidas por la autoridad judicial accionada incurrieron en los yerros endilgados en el escrito tutelar.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PROCESO EJECUTIVO / TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / PROTECCIÓN AL ADULTO MAYOR / PROTECCIÓN DE LA PERSONA DE LA TERCERA EDAD**

***Problema jurídico:** ¿El Tribunal Administrativo de Caldas vulneró los derechos fundamentales invocados, por presuntamente incurrir en los defectos alegados, al proferir los autos del 7 de junio de 2022 y 31 de agosto del mismo año en el proceso ejecutivo con radicado N.º 17001-23-33-000-2013-00331-00 y mediante las cuales cual ordenó y confirmó la decisión de que se dispusieran temporalmente en una cuenta bancaria especial, las sumas de dinero recaudadas como consecuencia del auto que libró mandamiento de pago contra la UGPP “hasta tanto se pronuncie el Consejo de Estado de manera definitiva sobre el recurso de revisión” interpuesto por tal entidad?*

**Tesis:** “Si bien la autoridad judicial demandada motivó su negativa de reponer el mandamiento de pago en dicha norma, lo cierto es que ordenó que los dineros recaudados como consecuencia del auto que libró mandamiento de pago fueran puestos en una cuenta bancaria especial y, con ello, se suspendió el pago de las sumas reconocidas al beneficiario mediante el fallo del 26 de agosto de 2014 proferido por dicho tribunal y confirmado por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”. A pesar de que argumentó que con dicha decisión no afectaba la ejecución de la providencia del declarativo que originó el proceso ejecutivo, la Sala considera que: Hubo un desconocimiento de las reglas establecidas por el Código General del Proceso en materia del proceso ejecutivo, al someter la efectividad del título a una condición completamente ajena al trámite. (...) El Tribunal Administrativo de Caldas no sólo desconoció que el trámite del mecanismo extraordinario no produce ningún efecto suspensivo en el cumplimiento de la sentencia cuestionada, sino que profirió una decisión sin el sustento normativo adecuado que la motivara. En efecto, el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible, tal como fue reconocida en el auto del 18 de noviembre de 2021 que libró mandamiento de pago, no puede ser sometido a una condición adicional, pues ello desconoce las normas procesales que regulan la controversia en cuestión, principalmente, los artículos 306 y 422 del Código General del Proceso. (...) En este orden de ideas, el Tribunal Administrativo de Caldas actuó en desconocimiento del proceso establecido para el trámite en cuestión, al impedir el cumplimiento de la sentencia que originó la demanda ejecutiva, pues a pesar de que confirmó el auto que libró mandamiento de pago contra la UGPP, condicionó la materialización efectiva de la decisión, la cual implica que el [accionante], como beneficiario del fallo, perciba el pago de las sumas

allí ordenadas. Esto, pues supeditó la ejecución de dicha obligación clara, expresa y exigible a una condición completamente ajena al proceso ejecutivo y al título de recaudo que lo sustenta. Esta situación se torna más gravosa al considerar la condición de sujeto de especial protección constitucional del tutelante como persona de la tercera edad, a quien se le supeditó la efectividad de los derechos pensionales reconocidos, a una condición ajena al proceso ejecutivo, como lo es la espera de una decisión definitiva al interior del recurso extraordinario de revisión que actualmente se tramita. Esto, sin contar con la certeza del momento en que tendrá lugar dicho pronunciamiento y con una edad que superó el promedio de expectativa de vida. (...) La autoridad judicial accionada vulneró los derechos a la tutela judicial efectiva, de acceso a la administración de justicia y al debido proceso, ante la configuración de un defecto sustantivo en consonancia con un defecto procedimental absoluto, por la indebida aplicación de los artículos 253 de la Ley 1437 del 2011 y 306 y 422 del Código General del Proceso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 2 de marzo de 2023, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-15-000-2022-05245-01 \(AC\).](#)

## ACCIÓN POPULAR

### **1. No se vulneraron derechos colectivos con el desarrollo del proyecto de instalación del cable de fibra óptica submarino en el sector de Schooner Bight en la Isla de San Andrés.**

*Síntesis del caso:* El 3 de febrero de 2020, la empresa de Comunicación Celular -Comcel S.A.- inició trámite de concesión de licencia de construcción N.º 88001-0-19-0179 para instalar una estación terrena de telecomunicaciones en el predio con referencia catastral N.º 00-00-001-1081-000, ubicado en la zona de Schooner Bight de la isla de San Andrés. Dicho sector se encuentra clasificado por el plan de ordenamiento territorial como rural-agrícola y allí se encuentran ubicadas varias comunidades raizales. La Secretaría de Planeación de San Andrés Isla, mediante Oficio N.º 3555-2020 de 26 de mayo de 2020, le indicó a Comcel S.A. que no podía seguir con el trámite sin antes desarrollar el proceso de consulta previa o presentar la resolución del Ministerio del Interior donde se indicara su no requerimiento. Comcel S.A. presentó ante la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior el proyecto de Instalación de Cable Fibra Óptica Submarino AMX-1CV9 con el fin de obtener la autorización para ejecutar el proyecto sin la necesidad de realizar la consulta previa. El accionante explicó que en la descripción del proyecto solo se mencionó la instalación del cable de fibra óptica en el lecho marino que llegaría hasta el borde de la playa, y se omitió mencionar la construcción que se desarrollaría en la zona de Schooner Bight. La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, mediante Resolución ST-0531 de 30 de mayo de 2020, determinó que, conforme a las actividades y características que comprende el proyecto, no procedía la realización de consulta previa. El 1 de julio de 2020, la Secretaría de Planeación publicó un aviso en el que informó a la comunidad que aceptó los requisitos presentados por Comcel S.A. para la expedición de la licencia y que no llevaría a cabo la etapa de consulta previa en relación con la construcción de la estación terrena de telecomunicaciones. El demandante advirtió al respecto que, aun cuando no se había culminado el trámite ni entregado la licencia para construir, Comcel S.A. invadió el predio respectivo con maquinaria pesada y contenedores e inició actividades de la obra sin contar con los permisos del caso. Adicionalmente, mencionó que el proyecto no cuenta con las respectivas resoluciones de autorización por parte de la autoridad ambiental, Coralina. Por último, informó que, con recursos públicos, la Isla ya fue dotada con un sistema de cable

*submarino a través de un contrato de fomento, habiendo aportado el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de las TIC, la suma de \$54.340 millones de pesos. Este contrato previó una operación de por lo menos quince años y debe cubrir las comunicaciones de la Isla hasta diciembre de 2025.*

**ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR EN SEGUNDA INSTANCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / AUTORIZACIÓN DE INSTALACIÓN DE REDES DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES / ACCESO A INTERNET / CABLEOPERADOR / EMPRESA OPERADORA DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES / PERSONA JURÍDICA PRIVADA / INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS**

**Problema jurídico 1:** *¿Si las deficiencias que actualmente posee el servicio de internet en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina constituyen una razón valedera para censurar el desarrollo del proyecto de instalación del cable de fibra óptica submarino en el sector de Schooner Bight?*

**Tesis 1:** “Para efectos de determinar la justificación institucional del proyecto de instalación del cable de fibra óptica submarino en el sector de Schooner Bight en la isla de San Andrés, la Sala procede a estudiar el «Plan San Andrés Conectado» y la comunicación que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -MinTic- puso en conocimiento del demandante en torno a la percepción del referido proyecto. (...) El proyecto cuestionado mediante la acción popular de la referencia no es un asunto que atienda meramente a la satisfacción de los intereses del sector privado, puesto que su ejecución se encuentra justificada en razones que persiguen el bienestar general, al estar dispuesto para mejorar una problemática de conectividad plenamente identificada. En efecto, las autoridades del orden Nacional han evidenciado que en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina existe un déficit en la prestación del servicio de internet. Estas dificultades consisten en la baja asequibilidad y calidad, la insuficiente cobertura y la baja penetración y uso del servicio. Este contexto afecta directamente las necesidades de la población. En consecuencia, las autoridades competentes estructuraron un plan que, siendo ejecutado de forma escalonada, permita mejorar las condiciones de conectividad e impulse el desarrollo del Archipiélago. (...) Conocedoras de que las iniciativas públicas no pueden ser materializadas de manera individual y aislada por uno de los actores del territorio, las autoridades nacionales precisaron que las estrategias del plan mencionado deben ser coadyuvadas por las entidades del orden territorial, así como por el sector privado. De manera concreta, las autoridades dispusieron del acompañamiento del sector privado para el despliegue de redes y de un nuevo sistema de transporte con múltiples puntos de conexión en orden a mejorar las condiciones de acceso a internet. (...) Así las cosas, para la Sala es claro que, independientemente de la conducta desplegada por otros operadores, de un lado, el Archipiélago presenta serias deficiencias en materia de prestación del servicio de internet y, del otro, el proyecto de instalación de cable de fibra óptica submarino coadyuva a remediar esa situación. Valga resaltar que uno de los inconvenientes del Archipiélago consiste en que existe un monopolio en el transporte de datos, lo que impacta la competitividad de operadores y proveedores, la oferta y la asequibilidad del servicio. De este modo, resulta evidente que el proyecto de instalación del cable de fibra óptica submarino AMX-1 CV9 puede contribuir a mejorar la penetración, cobertura y calidad del servicio para la población. (...). Los presuntos incumplimientos a los que aluden los impugnantes, no gozan de pertinencia ni de suficiencia para demostrar que el proyecto cuestionado contenga alguna irregularidad o carezca de fundamentación fáctica, política o jurídica. En otras palabras, independientemente de la conducta desplegada por otros operadores es clara la necesidad de infraestructura de comunicaciones que padece el territorio insular. (...) [E]l MinTic demostró, en el «Plan San Andrés Conectado» y en la comunicación que le fue enviada al demandante, que la nueva iniciativa de instalación de red de transporte de alta velocidad promueve la competencia en el mercado, lo cual redundará directamente en los derechos de los consumidores y usuarios, al mejorar la asequibilidad y las tarifas del servicio. (...) 9. En conclusión, la Sala no considera que el razonamiento del Tribunal asociado a las tarifas, conduzca a un defecto de tal entidad que amerite la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Contrario sensu, las deficiencias que actualmente posee el servicio de internet en el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina no constituyen una razón valedera para censurar el desarrollo del proyecto de instalación de cable submarino de fibra óptica

en el sector de Schooner Bight. Antes bien, dichas necesidades motivan a que el proyecto sea ejecutado y puesto en adecuado funcionamiento.”

**ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR EN SEGUNDA INSTANCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / EQUIPO DE TELECOMUNICACIONES / CONSULTA PREVIA DE LA COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE / RAIZAL / ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / CONEXIDAD DEL DERECHO / DERECHOS FUNDAMENTALES / DERECHOS COLECTIVOS / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DEL CIUDADANO**

**Problema jurídico 2:** *¿[S]i la construcción de la estación terrena de telecomunicaciones del proyecto de instalación de cable de fibra óptica submarino produce una afectación directa a las comunidades raizales que habitan el sector de Schooner Bight de la isla de San Andrés y, por consiguiente, requería de consulta previa?*

**Tesis 2:** “El Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la sentencia de 30 de junio de 2021, consideró que el proyecto de instalación de cable de fibra óptica submarino no vulneró el derecho a la consulta previa de las comunidades raizales del sector de Schooner Bight debido a que, conforme a las resoluciones ST-0531 de 30 de junio y ST-0737 de 25 de agosto de 2020 de la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del MinInterior, el mismo no afectaba directamente a la comunidad raizal y, por tanto, no procedía la realización de consulta previa. (...) En el asunto sub examine, el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, a través del medio de control de derechos e intereses colectivos, estudió «la procedencia y oportunidad» del derecho a la consulta previa de las comunidades raizales del sector de Schooner Bight en el caso concreto, aun cuando esa prerrogativa es de naturaleza fundamental, conforme lo ha sostenido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Cabe precisar que los grupos étnicos de nuestro país, bien sea las comunidades indígenas, la población afrodescendiente, la comunidad raizal o el pueblo ROM, son sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales, a quienes se les reconoce un estatus de especial protección junto con una serie de garantías tendientes a fomentar su supervivencia, la continuidad de su cultura y la permanencia de sus modos de vida. Este conjunto de derechos, en los términos de la Corte Constitucional, “no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos”, dado que “ciertamente, cada comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos”. (...) Ahora bien, excepcionalmente el juez popular puede emitir un pronunciamiento sobre la afectación de derechos fundamentales, en el evento en que esa transgresión igualmente comporte el daño de un derecho propiamente colectivo. Es decir que exista una conexidad entre ambas prerrogativas. En efecto, la naturaleza y alcance de la acción popular no supone un obstáculo para que el juez constitucional atienda al principio de eficacia directa de los derechos constitucionales. (...) Es más, la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de 28 de abril de 2011, estableció que “esta Sala ha reconocido la factibilidad de que unos mismos hechos puedan generar vulneración de derechos fundamentales y afectación, amenaza o vulneración de derechos colectivos; y en este sentido ha precisado que en ese evento procede examinarlos tanto por la vía de acción popular como de acción de tutela”. (...) Teniendo en cuenta lo anterior, al examinar la demanda popular junto con las pruebas allegadas al expediente, resulta notorio que la situación fáctica debatida en este proceso judicial no solo se refería a la presunta afectación de derechos fundamentales de las comunidades raizales sanandresanas, sino que, de forma conexas, se relaciona con la transgresión del interés y derecho colectivo a gozar de un ambiente sano y a participar en la toma de decisiones que puedan afectar el entorno natural. (...) Para el constituyente la sostenibilidad de los ecosistemas y la distribución equitativa de los recursos naturales solo es posible en la medida en que los asuntos públicos se someten a debates multisectoriales, pues algunos proyectos, obras o actividades pueden cambiar las condiciones de vida de una comunidad, así como las características biológicas del sector en el que ella habita y, por eso, los ciudadanos cuentan con el deber y la facultad de intervenir y ser informados en dichas instancias. (...) Por todo lo anterior, previo a la resolución de los cargos propuestos por los apelantes, es menester aclarar que el presente pronunciamiento se circunscribe únicamente al cargo de afectación de los derechos colectivos a gozar de un ambiente sano y a participar en la toma de

decisiones que puedan impactar el entorno natural. En esa medida, la sentencia de la acción de tutela radicada con el número 88001- 4003-001-2020-00068-00 no genera efectos de cosa juzgada en relación con el punto de la controversia que la Sala procederá a estudiar, especialmente porque los objetos de los debates jurídicos de ambas acciones constitucionales son substancialmente distintos. Así, en la referida acción de tutela el hecho generador de la afectación se fincó en la ausencia de pronunciamiento sobre la procedibilidad o no de la consulta previa -fase de amenaza del derecho-, mientras que en la acción popular de la referencia se presenta un hecho nuevo, esto es, que el referido pronunciamiento ya se efectuó en sentido negativo. Por tanto, lo que acá se debate es si la postura de la administración amenaza o transgrede el derecho a gozar de un ambiente sano desde el componente de la participación. (...) [L]a Sala observa que las características de la construcción de la estación terrena de telecomunicaciones en el inmueble identificado con Matrícula inmobiliaria N.º 450-217 y referencia catastral N.º 00-00-001-1081-0000, ubicado en el sector de Schooner Bight de la isla de San Andrés, no comporta una intromisión en las dinámicas económicas, sociales y culturales de la comunidad raizal de la zona. En cuanto a los elementos físicos del territorio, la Sala observa que, tal y como lo manifestó la señora [A.E.H.M.] -persona que se denominó como afrocolombiana raizal residente en la zona (no así el demandante)-, el predio donde se desarrolla el proyecto antes mencionado -no son las de las residencias de los raizales que habitan en la zona, pero si son parte de la isla de San Andrés-. (...) En síntesis, se concluye que la construcción de la estación terrena de telecomunicaciones del proyecto de instalación de cable de fibra óptica submarino no produce una afectación directa a las comunidades raizales que habitan el sector de Schooner Bight de la isla de San Andrés, ni que, por consiguiente, se haya desconocido el derecho a ser consultadas previamente sobre su desarrollo.”

**ACCIÓN POPULAR / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR EN SEGUNDA INSTANCIA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / ACTO QUE CONCEDE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / LEGALIDAD DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / DESARROLLO SOSTENIBLE AMBIENTAL / PERMISO AMBIENTAL / CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE**

**Problema jurídico 3:** *[S]i el desarrollo del proyecto del cable de fibra óptica submarino en el sector de Schooner Bight de la isla de San Andrés desconoció las disposiciones ambientales, urbanísticas y, además, atentó contra la moralidad administrativa?*

**Tesis 3:** “De conformidad con los fundamentos de las impugnaciones presentadas por la parte demandante, el desarrollo del proyecto de instalación del cable de fibra óptica submarino en el sector de Schooner Bight de la isla de San Andrés desconoció las disposiciones ambientales y urbanísticas aplicables y, además, atentó contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa. En orden a determinar la veracidad de los cargos, la Sala examinará de forma independiente el aspecto urbanístico del proyecto para, posteriormente, examinar su arista ambiental. (...) La Sala, en primer lugar, expondrá el material probatorio asociado a la licencia de construcción concedida a Comcel S.A. para desarrollar la estación terrena de telecomunicaciones y, en seguida, resolverá el cargo de la apelación propuesto sobre este aspecto. Al respecto, lo primero es mencionar que, mediante la Resolución N.º 009119 de 30 de diciembre de 201952, la Secretaría de Planeación del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina otorgó a Comcel S.A. licencia de construcción en la modalidad de obra nueva para el desarrollo de la estación terrena de telecomunicaciones del proyecto de instalación del cable de fibra óptica submarino en el sector de Schooner Bight de la isla de San Andrés. (...) el Tribunal consideró que los procedimientos administrativos se sujetaron enteramente a la legalidad. Muestra de ello es la decisión de suspensión del trámite de la licencia urbanística, el cual no se reanudó hasta tanto no se efectuaron las órdenes impartidas en sede de acción de tutela en protección del derecho a la consulta previa (...). (...) Por otro lado, con base en las consideraciones planteadas en el subtítulo A del acápite V.2.3. de esta sentencia, se concluye que las actividades asociadas a la conexión de la Isla de San Andrés con las redes submarinas de fibra óptica más próximas, a partir de las estructuras dispuestas por Comcel S.A. para la prestación del servicio de banda ancha, se encuentran conforme a los tratamientos de mejoramiento integral y desarrollo, destinados por el POT para el sector en el que se ubica el proyecto de la estación terrena de telecomunicaciones. (...) a Sala concluye que los apelantes no demostraron que las condiciones en que se

autorizó ambientalmente el proyecto controvertido, ni mucho menos los efectos de su desarrollo estuvieren atentando de alguna manera contra el medio ambiente, los recursos naturales o el desarrollo sostenible de la Isla. (...) Además, en atención a los fundamentos explicados en el subtítulo B del acápite V.2.3. de esta decisión, se concluye que el abogado demandante no demostró que las obras del proyecto cuestionado estuvieren atentando contra el medio ambiente, los recursos naturales o el desarrollo sostenible; ni que las autoridades ambientales fueren renuentes al cumplimiento de sus obligaciones legales, o que el propietario del proyecto hubiere transgredido disposiciones de contenido ambiental ni la forma en que ello conduce a la vulneración de los derechos colectivos asociados al goce de un ambiente sano y al desarrollo sostenible..”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 3 de febrero de 2023, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación 88001-23-33-000-2020-00072-01\(AP\).](#)

## **2. El Consejo de Estado ordenó terminar y liquidar el contrato de arrendamiento sobre el Baluarte Santo Domingo en las murallas de Cartagena.**

*Síntesis del caso: Un ciudadano ejerció una acción de tutela, que fue adecuada a acción popular, contra el Ministerio de Cultura, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, la Escuela Taller Cartagena de Indias y Café del Mar Ltda, por la celebración del contrato de arrendamiento sobre el baluarte de Santo Domingo, el cual está destinado para el uso del establecimiento comercial Café del Mar. La Sección Tercera del Consejo de Estado encontró que tal contrato vulneró los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público y la defensa del patrimonio cultural de la Nación. En virtud de lo anterior, esta Corporación ordenó la terminación y liquidación del contrato de arrendamiento sobre el baluarte y, en consecuencia, dispuso la adopción de todas las medidas necesarias para la restitución del bien.*

**RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / LEGALIDAD DEL CONTRATO / INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE BIEN INMUEBLE / BIEN DE USO PÚBLICO / FALTA DE IDENTIDAD DE PARTES / FALTA DE IDENTIDAD DE OBJETO / FALTA DE IDENTIDAD DE CAUSA**

*Problema jurídico 1: ¿Está probada la excepción de cosa juzgada sobre la legalidad del contrato de arrendamiento para la entrega de bienes de interés cultural, en este caso del baluarte de Santo Domingo en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, el cual en la actualidad se encuentra destinado para el uso del establecimiento de Comercio Café del mar?*

**Tesis 1:** “De la sentencia del 4 de abril de 2008 del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena de Indias, sin que haya constancia de ejecutoria, se desprende que, en principio, el objeto de ese proceso era similar al aquí en estudio, como quiera que en el marco de una acción popular se cuestionaba el contrato de arrendamiento del baluarte Santo Domingo, suscrito el 6 de febrero de 2002, entre la Sociedad de Mejoras Públicas de Cartagena y la sociedad Café del Mar Ltda., por cuanto dicha modalidad estaba proscrita para los bienes de uso público. (...) Ahora, si bien podría aceptarse que el objeto es similar, en cuanto materialmente recae sobre el mismo bien, pero en esa ocasión se entregaron 2.700 metros cuadrados, por un valor de \$2.500.000 mensuales (, al igual que la tipología contractual y un reparo similar de violación de derechos colectivos, lo cierto es que, en la presente acción, el contrato es otro y fue firmado el 16 de octubre de 2012. (...) Además, el contrato analizado por el referido juzgado fue suscrito por una entidad sin ánimo de lucro de derecho privado, con personería jurídica. (...) Mientras que aquí lo fue un establecimiento público distrital. (...) Es decir, se trata de un contrato distinto y al menos una de sus partes es diferente. (...) En esos términos, además que no se cumple con el requisito de identidad de partes,

mal haría la Sala en extender los efectos de la cosa juzgada a una relación contractual diferente y con partes distintas. (...) En esa medida, el nuevo contrato, como lo advierte la Corte Constitucional, se trata de una nueva causa, que da lugar a que el juez analice plenamente la configuración de posibles violaciones a los derechos colectivos.”

**RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO / PROTECCIÓN DEL BIEN DE USO PÚBLICO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL / DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS / PROHIBICIÓN DE ARRENDAMIENTO DE BIEN DE USO PÚBLICO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL / PRECIO DEL CONTRATO / COMPULSA DE COPIAS / TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD / LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / RESTITUCIÓN DEL BIEN INMUEBLE ARRENDADO / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA**

*Problema jurídico 2: ¿El Taller Cartagena de Indias violó los derechos colectivos al goce y uso del espacio público, protección del bien de uso público, a la defensa del patrimonio público y a la defensa del patrimonio cultural, al mantener vigente el contrato de arrendamiento sobre el baluarte de Santo Domingo, el cual en la actualidad está destinado para el uso del establecimiento comercial Café del Mar, sin tomar en cuenta la existencia de la prohibición de arrendamiento para la entrega a particulares de bienes de uso público y de interés cultural, así como el precio real del contrato de arrendamiento en caso de destinar el bien para actividades compatibles con la condición del espacio?*

**Tesis 2:** “[N]o se podía utilizar el contrato de arrendamiento para entregar el baluarte de Santo Domingo a un particular. (...) Esto revela los problemas que se han tenido en la práctica, por el conflicto entre el uso y goce exclusivo del particular y el uso público del baluarte (...) No se desconoce que el Instituto de Patrimonio y Cultura, en adelante IPCC, en documento del 18 de octubre de 2016, informó al a quo que, en desarrollo de sus funciones de control y vigilancia, “ha podido establecer que en el caso que nos ocupa específicamente no se ha encontrado que el establecimiento de comercio Café del Mar haya intervenido el Baluarte de Santo Domingo, ocasionando afectación sobre el mismo”. (...) Sin embargo, esto no significa que no estén afectados los derechos colectivos al uso y goce del espacio público y su defensa, así como del patrimonio cultural de la Nación, incluso si las acciones de la sociedad arrendataria han cesado, como se ordenó y lo refiere el IPCC, como quiera que la figura jurídica del contrato de arrendamiento, se insiste, riñe con la naturaleza de uso público del baluarte y jurídicamente permite un uso exclusivo de dicho bien, tal como lo unificó la Sala Plena de esta Corporación. (...) Lo anterior, sin perjuicio del aprovechamiento económico del espacio público, pero, se insiste, a través de instrumentos que impliquen un uso y goce compatible y no uno exclusivo. (...) Verbi gratia, el artículo 19 del Decreto 1504 de 1998 autoriza a los municipios y distritos para que las plazas, plazoletas, parques y espacios residuales puedan ser utilizados para un uso compatible con la condición del espacio, mediante la celebración de contratos (...) De lo expuesto es clara la posibilidad de usos compatibles, pero de ello no se sigue que pueda hablarse de los usos exclusivos que se derivan de un contrato de arrendamiento, además de las dificultades que advierte la doctrina nacional y que dan lugar a señalar por lo menos como una tipología inconveniente para la administración de este tipo de bienes. (...) Tampoco puede perderse de vista que de los 2539,20 metros cuadrados que conforman el, le fue entregada a la sociedad demandada un total de 2.010 metros cuadrados (...). Por su parte, el IGAC determinó el valor del baluarte en la suma de \$29.200.800.000, es decir, un valor de \$11.500.000 por metro cuadrado. (...) Con base en dicho avalúo, la Escuela Taller Cartagena de Indias, el 19 de marzo de 2015, le comunicó a la sociedad Café del Mar Ltda. que el valor de arrendamiento, en atención al valor del metro cuadrado y de los 2.010 metros cuadrados que ocupaba era de \$150.247.500. (...) Frente a lo anterior, la citada sociedad mostró su desacuerdo. (...) Esa disparidad dio lugar a que la referida Escuela presentara una demanda (, para que, entre otros, se fijara el precio del arrendamiento; sin embargo, lo expuesto no solo muestra que el bien de uso público fue entregado casi en su totalidad al arrendatario, lo cual impacta de manera definitiva en el uso público del bien, sino que además la ausencia de respaldos técnicos y financieros que permitan determinar por qué el precio original se fijó en la suma de \$5.028.093, constituyen elementos suficientes para aceptar que el análisis del IGAC, que se hizo con base en una de la metodologías aceptadas para el efecto, muestra, tal como lo afirmó la primera instancia, un desfase, por demás preocupante, en el cálculo del precio. (...) En esa medida, también

se impone proteger el derecho colectivo al patrimonio público, así como la compulsión de copias correspondiente. (...) Precitado lo anterior, aunque no se puede anular el contrato, por prohibición expresa del artículo 144 del CPACA, se ordenará su terminación y liquidación en el estado en que se encuentre. (...) Además, se ordenará a la Escuela Taller Cartagena de Indias o la autoridad competente que adopte todas las medidas necesarias para la restitución del baluarte. (...) Igualmente, la autoridad competente deberá realizar los estudios para determinar la administración directa o la entrega a un particular del baluarte Santo Domingo, de conformidad con las normas legales y constitucionales, además de la restricción aquí consignada. (...) En caso de que ya se hubiera finalizado el contrato de arrendamiento o se hubiere celebrado uno similar, la autoridad competente deberá darlo por terminado, con base en la presente orden judicial y, en adelante, tendrá cuenta para la entrega a particulares de este tipo de bienes, los condicionamientos aquí establecidos de orden constitucional, legal y jurisprudencial. (...) [N]o se encuentra probada la violación al principio de moralidad administrativa, como quiera que si bien hay normas de derecho público desconocidas, de ello no se sigue que puedan considerarse como fruto de conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública, hasta el punto que fue necesario unificar la posibilidad jurídica de utilizar el arrendamiento para la entrega a particulares de los bienes de uso público, en este caso, además de interés cultural.”

### **Salvamento de voto de la magistrada Marta Nubia Velásquez Rico**

#### **SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN POPULAR CONTRA CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO / PROTECCIÓN DEL BIEN DE USO PÚBLICO / PROHIBICIÓN DE ARRENDAMIENTO DE BIEN DE USO PÚBLICO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL / LIMITACIÓN PARCIAL DEL ESPACIO PÚBLICO / CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN DE BIENES DE USO PÚBLICO / CONCESIÓN DEL BIEN DE USO PÚBLICO / CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE BIEN DE USO PÚBLICO**

**Tesis:** “[D]e acuerdo con las pretensiones de la demanda, al margen de que el actor invocó la violación de derechos colectivos, (...) su interés era encontrar en un supuesto incumplimiento del contrato suscrito el 12 de octubre de 2012 entre la Escuela Taller Cartagena de Indias y la sociedad Café del Mar Ltda., una justificación para que, a través de la vía judicial, se ordenara la terminación del contrato, se condenara a dicha sociedad al pago de la cláusula penal y se le ordenara restituir el inmueble para dar cabida a que un nuevo operador le diera buen uso. (...) [S]i bien coincido con la sentencia de unificación de la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación, en el sentido de que “el contrato de arrendamiento está proscrito para la entrega de bienes de uso público, toda vez que dicha modalidad tiene una finalidad de uso exclusivo para su arrendatario que riñe con la naturaleza de dichos bienes”, la protección de los derechos colectivos, cuando se encuentra de por medio un bien de uso público, no puede tener origen en una controversia en la que se cuestiona el incumplimiento de las obligaciones de un contrato, lo contrario fomentaría el abuso en el ejercicio de la acción popular para presionar decisiones judiciales que impongan órdenes que entran dentro de la esfera de ejecución de dicho contrato (como sucedería en este caso con las pretensiones de terminación, pago de la cláusula penal y restitución del inmueble para que se celebre otro contrato con un contratista distinto) y sortearía la falta de legitimación en la causa por activa que tienen los terceros al contrato frente al ejercicio del medio de control de controversias contractuales. Distinto habría sido si el actor popular hubiera planteado ab initio, como fundamento de su acción, que la suscripción de un contrato de arrendamiento sobre un bien de uso público vulnera los derechos e intereses colectivos de goce del espacio público y defensa de los bienes de uso, que fue básicamente lo que planteó la referida sentencia de unificación; sin embargo, reitero, la lectura de las pretensiones de la demanda permite deducir que estas se dirigen, en esencia, a encontrar en un supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales el origen de una eventual violación de derechos e intereses colectivos. En segundo lugar, al margen de que en la providencia de la que me aparto la Sala afirma que es claro que se celebró un contrato de arrendamiento (...), en mi opinión dicha conclusión pasó por alto otros elementos que podrían hacer deducir que el contrato celebrado tiene una naturaleza distinta al arrendamiento. (...) [E]l Código Civil prohija no solo que la intención de los contratantes prevalece sobre la literalidad de las palabras utilizadas en un contrato, sino, además que, si los elementos de la esencia del contrato que las partes afirman suscribir no se encuentran reunidos, este puede devenir en uno distinto y, en consecuencia, gobernarse por normas diferentes a las convenidas por las partes. (...) [A] diferencia de otros bienes de interés público,

la explotación del baluarte Santo Domingo no es completa, puesto que por sus condiciones a cielo abierto, tan sólo se lleva a cabo después de la cinco de la tarde y supeditada a los factores climáticos, lo cual sugiere la idea de que existe un uso compatible con dicho tipo de bienes, en la medida en que la afectación del acceso al público y la explotación del inmueble no serían permanentes, es decir, se trataría de una limitación que no puede considerarse plena. (...) [D]e los 2.010 mts<sup>2</sup> objeto del arrendamiento, 900 corresponden al área de circulación libre de transeúntes. Esos elementos en los que la Sala no entró a reparar, sumados a la consideración de que la referida sentencia de unificación pregonó la imposibilidad de acudir al contrato de arrendamiento frente a bienes de uso público, sobre la base de que en el caso estudiado por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación existía respecto del acceso al público una limitación permanente sobre el inmueble, me llevan a pensar que la forma en que las partes ejecutaron efectivamente el contrato “de arrendamiento” permite deducir la intención que tuvieron de suscribir un contrato de concesión y no aquel, al margen de que se hubiera requerido adelantar una licitación pública. Y es que, a diferencia del arrendamiento, el objeto del contrato de concesión para la explotación de bienes de uso público resulta concordante con la mínima afectación del acceso del público por la que debe propenderse en el tratamiento de dichos bienes. Súmese a lo anterior el hecho de que, al ser aplicable el régimen obligatorio de las cláusulas excepcionales en el contrato de concesión, este puede ser, entre otras cosas, modificado o terminado unilateralmente por la administración en las condiciones establecidas en la ley, sin que el concesionario pueda oponerse, dada su condición de titular, no de derechos adquiridos sobre bienes de uso público, sino de los denominados por la doctrina como “derechos precarios o relativos”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 21 de noviembre de 2022, C.P. María Adriana Marín, radicación: 13001-23-33-000-2014-00406-01 \(AP\), SV. Marta Nubia Velásquez Rico.](#)

**SALA PLENA  
DEL CONTENCIOSO**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

## **1.El desconocimiento del precedente no constituye un vicio formal de la sentencia en el que se pueda sustentar alguna de las causales previstas por el legislador para la procedencia del recurso extraordinario de revisión.**

*Síntesis del caso:* En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 29 de abril de 2020, mediante la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia del 8 de marzo de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en donde se había ordenado la reducción del porcentaje de la sanción por inexactitud impuesta por la DIAN a un contribuyente en aplicación del artículo 647 del Estatuto Tributario.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO**

*Problema jurídico 1:* ¿La sentencia proferida el 29 de abril de 2020 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado se encuentra incurso en la causal de revisión contemplada en el numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, por haberse presentado una nulidad originada en la sentencia al haberse vulnerado el derecho de defensa y contradicción del demandante y por la indebida aplicación de la jurisprudencia de la Corporación?

Tesis 1: “De la lectura del numeral 5 del artículo 250 del CPACA, es posible advertir que para que se configure la causal, deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que la providencia que es recurrida mediante el recurso extraordinario de revisión ponga fin al proceso; (ii) que contra esta decisión no proceda el recurso de apelación y, (iii) que la nulidad alegada haya ocurrido en el momento en que se dictó la sentencia y no antes. Pues bien, por regla general, los motivos de nulidad que afectan la sentencia son aquellos eventos descritos en el artículo 133 del Código General del Proceso -Antes el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil – y por violación del artículo 29 de la Constitución Política, ocurre lo propio en las distintas jurisdicciones. Será entonces, en los eventos en los que algunas de las circunstancias descritas en la precitada norma se configuren en el momento procesal de la expedición de la sentencia que se habilita el recurso extraordinario de revisión, pues recuérdese, que de conformidad con el parágrafo del artículo 133 del Código General del Proceso, las demás irregularidades del proceso que no se impugnan oportunamente se tendrán por subsanadas y que, en los términos del inciso final del artículo 135 ejusdem, será rechazada de plano toda solicitud de nulidad que se funde en hechos que se propongan después de saneada la nulidad, sin perjuicio de las nulidades insaneables que describe el parágrafo del artículo 136 de la misma norma. (...) Se resalta que la Sala Plena de esta Corporación dio un nuevo alcance a la referida causal, en lo que concierne al derecho al debido proceso. En sentencia de unificación del 8 de mayo de 2018, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, en el expediente con radicado número: 11001-03-15-000-1998-00153-01, se refirió ampliamente al derecho a la tutela judicial efectiva o recurso judicial efectivo y consideró que el recurso de revisión y las causales que dan lugar a su solicitud, constituyen un mecanismo judicial destinado a la protección de derechos fundamentales como el de acceso a la justicia y el debido proceso, es decir, es un instrumento o medio de control adicional que el legislador diseñó para la protección de esos derechos fundamentales y, por tanto, hacen parte del haz de acciones para la satisfacción plena del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. (...) Finalmente, se precisa que esta causal no procede para controvertir las razones del fallo ni para corregir los errores de apreciación de los hechos y de las pruebas, en que, a juicio del recurrente, hubiera incurrido el fallador. (...) La Sala observa que la parte recurrente, por un lado, no explicó con suficiencia los argumentos en que sustenta la causal invocada y, por el otro, se limitó a cuestionar situaciones jurídicas que fueron objeto de pronunciamiento en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya discusión pretende revivir y convertir el recurso extraordinario de revisión en una nueva instancia. Asimismo, expuso argumentos, que, en últimas conciernen a la legalidad de los actos administrativos que modificaron la declaración de IVA del sexto bimestre del año 2012 y le impuso sanción por inexactitud. (...) [E]l recurso de revisión es de

naturaleza extraordinaria, por lo tanto, no es el mecanismo idóneo para solicitar que se pronuncien sobre argumentos expuestos en el recurso de apelación, pues para ello está prevista la solicitud la aclaración y/o adición de una providencia. Luego, de ninguna manera las afirmaciones en que el recurrente basó el recurso extraordinario de revisión pueden ser entendidas como verdaderos argumentos que se enmarquen dentro de los requisitos de la causal invocada, pues, como se vio, no cumple con alguno de los presupuestos fácticos que la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado para la procedencia del mismo”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la naturaleza y finalidad del recurso extraordinario de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión número 3, sentencia del 6 de septiembre de 2016, radicado número: 11001031500020130199800.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la nulidad de la sentencia como causal de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 31 de mayo de 2011, rad. 11001-03-15-000-2008-00294-00 y del 8 de mayo de 2018, rad. 11001-03-15-000-1998-00153-0116.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO**

**Problema jurídico 2:** *¿Resulta procedente la condena en costas en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio al haberse declarado infundado?*

**Tesis 2:** “Teniendo en cuenta que, en el caso concreto, el recurso extraordinario de revisión se interpuso en vigencia de la Ley 2080 de 2021 – 25 de mayo de 2021-, es aplicable al presente asunto la modificación introducida por el artículo 255 del CPACA. Acorde con lo anterior, en el presente caso procede la condena en costas, teniendo en cuenta que la causal alegada en el recurso extraordinario de revisión no tiene vocación de prosperidad y por tanto se declarará infundado. Como está probada la intervención de la DIAN, con el escrito de oposición del recurso, en cumplimiento del numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho (...)”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Quinta Especial de Decisión; sentencia del 9 de diciembre de 2022; C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2021-02940-00\(REV\)](#)

### **Aclaración de voto del consejero William Hernández Gómez**

## **ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / SENTENCIA DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES / AGENCIAS EN DERECHO / LIQUIDACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / AUTO DE PONENTE**

**Problema jurídico:** *¿En el presente caso, la fijación de agencias en derecho no debió efectuarse mediante sentencia, sino por auto que dictara el magistrado ponente una vez ejecutoriada aquella?*

**Tesis:** “[C]omo el CPACA no regula lo concerniente a la liquidación y ejecución de la condena en costas, frente a esta materia debe aplicarse lo normado en el Código General del Proceso, en los artículos 365 y 366. Estas disposiciones permiten sostener que, aunque la condena en costas procesales se debe efectuar en la sentencia o en el auto que resuelva la actuación que las generó, la determinación de las agencias en derecho y, en general, la liquidación de las costas procesales se realiza en un momento posterior, una vez queda ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo resuelto por el superior. (...) Así pues, en un primer momento al juez o magistrado ponente le compete fijar las agencias en derecho, para lo cual debe aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta que, si en ellas se definen mínimos o rangos tarifarios, debe guiarse por criterios como la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Una vez determinadas las agencias en derecho, el secretario debe realizar la liquidación de las costas procesales teniendo en cuenta (i) las condenas que se impusieron en los autos que resolvieron recursos, en los incidentes y en la o las sentencias; (ii) los honorarios de los auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con

la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y (iii) las agencias en derecho previamente fijadas por el juzgador. Entonces, la liquidación pasa al juez o magistrado ponente para que este la apruebe, si la encuentra correcta, o la rehaga, en caso contrario. Visto lo anterior, en el caso objeto de juicio estimo que, si bien resultaba procedente la condena en costas y, como un componente de dicho concepto, la fijación de agencias en derecho, este monto debió definirse por el consejero ponente en auto, una vez en firme la sentencia del 9 de diciembre de 2022”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Quinta Especial de Decisión; sentencia del 9 de diciembre de 2022; A.V. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-15-000-2021-02940-00\(REV\)](#)

## **2. Para la configuración del elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura por la vulneración del régimen de inhabilidades por desconocimiento de lo previsto en el numeral 3 del artículo 179 Superior, se requiere la acreditación de los elementos cognitivo y volitivo del dolo.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del senador Polivio Leandro Rosales Cadena, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación del régimen de inhabilidades, específicamente por haber celebrado un contrato con una entidad pública en interés de terceros y por haber sido representante legal de una entidades que administran tributos o contribuciones fiscales dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR GESTIÓN DE NEGOCIOS / INHABILIDAD DEL SENADOR POR INTERVENCIÓN EN CELEBRACIÓN DE CONTRATO / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

*Problema jurídico 1: ¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó el elemento objetivo respecto a la vulneración del régimen de inhabilidades por parte del senador Polivio Leandro Rosales Cadena por desconocer lo previsto en el numeral 3 del artículo 179 Superior, específicamente por haber celebrado un contrato con una entidad pública en interés de terceros y por haber sido representante legal de una entidades que administran tributos o contribuciones fiscales dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección?*

**Tesis 1:** “[S]on 3 las modalidades de la causal de inhabilidad en comento [Constitución Política, artículo 179 numeral 3]: i) la gestión de negocios ante entidades públicas: ii) la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros y iii) la representación legal de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales. Ahora bien, frente a la celebración de contratos, de la lectura de la norma pueden identificarse algunos elementos necesarios para su configuración así: a) Un elemento material que consiste en celebrar contratos con entidades públicas, y en este punto, resulta del caso resaltar que la inhabilidad está dada por el acto de la celebración del contrato y no por ningún acto anterior o posterior como por ejemplo, la ejecución o liquidación. b) Un elemento temporal que está dado por los 6 meses anteriores a la fecha de la elección correspondiente, no a la inscripción ni a ningún acto diferente a la elección. c) Un elemento espacial que se refiere a la circunscripción en que se debe efectuar

la respectiva elección, en el caso del Senado de la República será nacional. (...) Ahora bien, en lo que tiene que ver con el elemento subjetivo, se advierte que en tanto la pérdida de investidura constituye un juicio sancionatorio, además de la configuración de los ingredientes objetivos se requiere, que la conducta del congresista haya sido doloso o gravemente culposa tal como lo establece el artículo 1 de la Ley 1881 de 2018 modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019. (...) Así las cosas, es claro que para decretar la pérdida de investidura de un congresista se requiere no sólo la adecuación “típica” de la conducta a los elementos objetivos de la norma: material, temporal y espacial, sino que, adicionalmente es necesario que aquel haya querido voluntariamente realizarla o, en caso de no hacerlo que no haya actuado con la diligencia necesaria para evitar incurrir en la causal. (...) [E]fectivamente el contrato en cuestión se celebró con el fin de que AICO por la Pacha Mama colaborara con el Instituto Departamental de Salud de Nariño para la ejecución de un proyecto para la implementación del Sistema indígena de salud propio e intercultural, lo cual, según el mismo demandado redundaba en beneficio de los pueblos indígenas de Los Pastos y Quillacinga y, además, por la ejecución de dicho contrato recibiría una contraprestación económica de lo que se deriva que el contrato sí fue celebrado en interés de terceros independientemente de que aquellos sean considerados intereses superiores o se trate de sujetos colectivos como lo pone de presente la defensa del senador Rosales Cadena. Frente al punto, debe precisarse que aunque esta Corporación ha sido clara al establecer que no todo contrato suscrito con una entidad estatal tiene la potencialidad de configurar la inhabilidad bajo estudio, por cuanto hay escenarios en que el Estado ofrece servicios de manera genérica a los ciudadanos como es el caso de los contratos de salud con entidades promotoras de salud de orden público, en este evento, no se trata de un contrato de aquellos sino de uno específico en el que unos pueblos indígenas en particular se beneficiarían de su celebración no de manera económica, lo cual no hace la diferencia. Al respecto, se debe tener en cuenta que la norma no limita la obtención de un beneficio en interés propio o de terceros al aspecto económico o pecuniario de lo que se deriva que tal interés puede ser de cualquier índole. Entonces, como el presente contrato fue celebrado en interés de unos pueblos indígenas, es decir, en interés de terceros es claro que se encuentra configurado el elemento material de la inhabilidad por cuanto, está acreditado que el señor Polivio Leandro Rosales Cadena en su calidad de representante legal de AICO por la Pacha Mama celebró un contrato con una entidad pública en interés de terceros. Lo anterior por cuanto la norma no discrimina en favor de cuáles terceros debe ser el beneficio, ni excluye a comunidades indígenas ni de otra naturaleza; por lo que en aplicación del principio según el cual donde el legislador no distingue no le es dable al intérprete hacerlo, es claro que, independientemente de la naturaleza o categorización del tercero en beneficio del cual se celebre el contrato, la inhabilidad se configura. Por lo tanto, como el contrato en cuestión fue celebrado en beneficio del pueblo indígena Quillacinga y no de manera genérica de toda la población indígena como lo insinuó la defensa, se reitera, se entiende configurado el elemento material de la inhabilidad”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el alcance y la naturaleza de la pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 11001-03-15-000-2018-03883-01. Providencia del 28 de mayo de 2019. M.P. Dr. William Hernández Gómez.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre las reglas aplicables a la causal de inhabilidad por celebración de contratos, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia del 13 de abril de 2021. Expediente 11001031500020200351801. M.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto y Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia del 25 de mayo de 2021. Expediente 110010315000202000077301. M.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés.

**PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR GESTIÓN DE NEGOCIOS / INHABILIDAD DEL SENADOR POR INTERVENCIÓN EN CELEBRACIÓN DE CONTRATO / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

**Problema jurídico 2:** *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó el elemento subjetivo respecto a la vulneración del régimen de inhabilidades por parte del senador Polivio Leandro Rosales Cadena por desconocer lo previsto en el numeral 3 del artículo 179 Superior, específicamente por haber celebrado un contrato con una entidad pública en interés de terceros y por haber sido*

*representante legal de una entidades que administran tributos o contribuciones fiscales dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección?*

**Tesis 2:** “[N]o existe prueba alguna en el expediente de que el senador Rosales Cadena para el momento en que celebró el contrato en cuestión tuviera conciencia y quisiera (elementos cognitivo y volitivo del dolo) incurrir en la causal de inhabilidad con los efectos nocivos para su eventual designación como congresista. Si bien no arguyó que su intención no fue la de celebrar el contrato bajo estudio, lo cierto es que no está demostrado que conociera ni que debía conocer, para esa fecha, que la suscripción del mismo lo inhabilitaría para ser congresista y que podría generar la pérdida de su investidura. No obstante, tratándose de esta causal en particular se debe tener en cuenta que la culpabilidad no puede analizarse exclusivamente para el momento de suscripción del contrato -que siempre será anterior a la calidad de candidato- sino, además, para el instante en que la persona se convierte formalmente en aspirante al Congreso de la República, es decir, la fecha de la inscripción de la candidatura, momento en el cual debe revisarse si cumple con todos los requisitos, calidades y condiciones para serlo y, asimismo, si no se encuentra incurso en ninguna causal de inhabilidad. (...) Frente al punto se tiene que el referido congresista manifestó dentro del proceso que simplemente que suscribió el contrato bajo la convicción de que no estaba incurriendo en ninguna prohibición legal y que su inscripción como candidato no obedeció a su decisión sino a la determinación de las autoridades indígenas. Así, el argumento de la defensa se basa en la calidad de líder indígena del senador y en que para la época del contrato no era candidato al congreso ni tenía intención de serlo. (...) Sin embargo, el hecho de que su candidatura se oficializara apenas el 2 de diciembre de 2021 no le impedía poner de manifiesto ante las autoridades indígenas que lo designaron como candidato al Senado de la República que había suscrito por lo menos un contrato en los términos del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política. No obstante, esta omisión, si bien podría ser catalogada como un comportamiento imprudente no tiene la entidad suficiente para ser tenido como gravemente culposo. (...) En tales condiciones, si bien debió conocer de las causas de inhabilidad para ser congresistas para el instante en que formalizó su candidatura al Senado de la República, también lo es que actuó bajo el convencimiento -no desvirtuado dentro del proceso- de que la suscripción del Contrato 2021000755 del 13 de septiembre de 2021 celebrado con el Instituto Departamental de Salud de Nariño (...) no tenía la virtualidad de inhabilitarlo por cuanto para él no fue suscrito en beneficio de un tercero específico sino de la comunidad indígena Quillancinga en general. Entonces, pese a que en este caso se concluyó que el elemento objetivo sí se encuentra configurado por cuanto, de todas formas, el pueblo indígena Quillancinga es un tercero que se beneficiaría del contrato en cuestión, para el momento de la inscripción del señor Rosales Cadena ello no estaba determinado y, por ende, resulta atendible la justificación presentada por la defensa en tal sentido. (...) En tales condiciones, pese a que se encontró configurado el elemento objetivo de la inhabilidad como no hay certeza del actuar culpable del senador Polivio Leandro Rosales Cadena por cuanto no se acreditó que su conducta fuera dolosa o gravemente culposa, no encuentra la Sala que se configure el elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura, y, por lo tanto, hay lugar a negar la solicitud presentada por el señor Víctor Velásquez Reyes en tal sentido”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el análisis del elemento subjetivo en las causales de pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente 110010315000202000077301. Providencia del 25 de mayo de 2021. M.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Sexta Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 22 de febrero de 2023; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-15-000-2022-05556-00\(PI\)](#)

**Aclaración de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez**

**ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

**Problema jurídico:** *¿El elemento subjetivo de las causales de pérdida de investidura deben ser determinados, estudiados y acreditados para cada caso en concreto?*

**Tesis:** “Atendiendo a los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de esta Corporación para

la configuración del elemento subjetivo, considero respetuosamente que: i) los parámetros y las circunstancias de conducta son particulares y deben ser determinados y estudiados para cada caso en concreto; ii) las partes deben probar los supuestos fácticos de las normas para que se produzcan”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el análisis del elemento subjetivo en las causales de pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional, sentencia SU- 424 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia 8 de octubre de 2029, C.P. Alberto Montaña Plata, número único de radicación 11001031500020180241701; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejera ponente María Elizabeth García González, sentencia de 25 de mayo de 2017, número único de radicado 81001-23-39-000-2015-00081-01(PI).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Sexta Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 22 de febrero de 2023; A.V. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-15-000-2022-05556-00\(PI\)](#)

#### **Aclaración de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello**

**ACLARACIÓN DE VOTO / PÉRDIDA DE INVESTIDURA / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

**Problema jurídico:** *¿En la providencia bajo estudio era procedente precisar los elementos teóricos a la luz de los cuales se examinaba la estructuración, o no, del elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura ante las diferentes posiciones al respecto que se presentan en la Corporación?*

**Tesis:** “[C]onsidero que en el caso concreto resultaba procedente precisar los elementos teóricos a la luz de los cuales se examinaba la estructuración, o no, del elemento subjetivo si se tiene presente que en la corporación existen diferentes posiciones sobre el particular. Así, en algunos eventos se ha establecido que lo procedente es verificar (i) si el accionado estaba en condiciones de comprender las circunstancias que configuraban el verbo rector de la causal, (ii) si le era exigible otro comportamiento, (iii) si atendió las normas jurídicas aplicables, y, (iv) si en el caso concreto la sanción es necesaria para cumplir finalidades constitucionales. En otros casos, se ha sostenido que es posible acudir a los conceptos establecidos en la legislación civil, mientras que en otros se ha descartado esa posibilidad, bajo el entendido de que “[si] la ley expresamente dispone que nos encontramos ante un juicio de responsabilidad subjetiva, la exigencia de este presupuesto (culpa grave) no puede darse por satisfecha con una consideración objetiva sobre el mismo”. De igual manera era pertinente examinar la colisión de principios o intereses con el fin de establecer si, en el caso bajo examen, existía precedencia de uno sobre otro o si la colisión era meramente aparente. En esa medida, se tenía, de un lado, el interés protegido por la norma constitucional que estableció la causal de inhabilidad alegada en la demanda, y, del otro, el interés público que se pretendía satisfacer con la celebración del convenio interadministrativo Nro. 202100755”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las diferentes posiciones respecto del análisis del elemento subjetivo en las causales de pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2019, M.P.: Alberto Montaña Plata, radicado: 11001-03-15-000-2018-02417-01 y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de mayo de 2022, M.P.: Martín Bermúdez Muñoz, radicado: 11001-03-15-000-2019-00771-01.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Sexta Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 22 de febrero de 2023; A.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-15-000-2022-05556-00\(PI\)](#)

**3. Ante la competencia otorgada por el grado jurisdiccional de consulta, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado podía**

## **declarar oficiosamente la caducidad de la acción de reparación directa, aun en perjuicio del demandante, sin que esto constituya una violación del derecho al debido proceso.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 9 de mayo de 2011, mediante la cual la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado revocó el fallo de primera instancia del 8 de marzo de 2018, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, declaró probada la excepción de caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio de la acción de reparación directa.*

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

*Problema jurídico 1: ¿La sentencia del 9 de mayo de 2011, dictada por la Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado incurrió en la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA, esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por haber desconocido el principio de non reformatio in pejus al haber declarado la caducidad de la acción en el grado jurisdiccional de consulta?*

**Tesis 1:** “Las nulidades procesales son irregularidades que se presentan durante el trámite de una actuación, y que, por su connotación, tienen la entidad de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso. En razón a su gravedad, el legislador estableció la posibilidad, a modo de sanción, de que todas aquellas actuaciones que se adelantaron viciadas sean invalidadas, con el fin de salvaguardar los intereses superiores de las partes. Dada su importancia en el marco de la normativa procesal, especialmente por su función protectora, el legislador permitió que las nulidades fueran incluidas como motivo válido para acudir ante las autoridades jurisdiccionales en revisión, pues inclusive en la sentencia que pone fin a los procedimientos, es posible que se presente una irregularidad que no es subsanable. En este contexto, es importante señalar que la nulidad debe darse en la sentencia, no en etapas anteriores donde los hechos que la originan pudieron ponerse en conocimiento del juez para poder sanearlos o tomar la medida que fuera necesaria para llevar a cabo un debido proceso (...). Para ello es necesario que el recurrente aduzca una anomalía que se haya configurado en el momento de dictar la sentencia, que se informe de algún hecho o circunstancia de carácter procesal que implique el desconocimiento de alguna ritualidad propia de la actuación con el fin de estudiar con claridad el vicio que se presenta, con la consecuencia que el mismo acarrearía. (...) Así mismo, la Corporación ha mantenido el criterio según el cual hay otros motivos que, aunque no están señalados dentro del catálogo taxativo del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil o del artículo 133 del Código General del Proceso, pueden dar lugar a invalidar la sentencia contra la que no procede ningún recurso. Estos motivos surgen de la violación al debido proceso, derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. (...) De todo lo anterior es posible concluir que, para que sea procedente infirmar la sentencia cuestionada en sede de revisión, con base en esta causal de nulidad originada en la sentencia, es necesario: (i) que la nulidad se origine en la sentencia o por hechos posteriores a ella, ya que no puede darse en un momento previo, pues en tal caso las partes deben poner el hecho en conocimiento del juez conductor del proceso, salvo que no se pudieron invocar antes porque solo se tuvo conocimiento de ellos cuando se dictó la sentencia; y (ii) que la nulidad alegada sea de tal entidad, que influya en la decisión a adoptar, ello en razón a que no cualquier irregularidad tiene la fuerza suficiente de romper esa cosa juzgada de la que la sentencia está investida. (...) [E]l artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, por lo tanto, para la Sala aunque en la audiencia inicial se haya resuelto sobre la excepción de caducidad, si al momento de dictar sentencia, se cuentan con mejores elementos probatorios para establecer con certeza que sí operó la caducidad, el juez debe declararla. Y esta regla, de decidir sobre las excepciones que se encuentren probadas en la sentencia definitiva, opera tanto para primera como para segunda instancia, de manera que si en primera instancia se resolvió sobre la caducidad, bien a petición de parte o de oficio, el superior puede revisarla también de oficio o cuando la persona perjudicada con la

decisión solicita su revocatoria mediante el recurso de apelación. (...) [A]unque la caducidad no fue motivo de apelación, conforme a lo considerado anteriormente, el Consejo de Estado podía declararla de oficio al encontrar, según su análisis fáctico y probatorio, que se había configurado, razón por la cual se desvirtúa la falta de competencia de la Sección Tercera para declarar la caducidad de la acción de reparación directa. (...) La sentencia recurrida también advirtió que, conforme con la Ley 794 de 2003 que reformó el artículo 336 del C. de P.C., se suprimió la ventaja de la no reformatio in pejus respecto del favorecido con la consulta, al adicionarse el inciso 2 con la siguiente frase: “No obstante, el superior al revisar el fallo consultado, podrá modificarlo sin límite alguno” (...). De lo narrado esta Sala de Decisión considera que el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en la sentencia recurrida no violó el debido proceso, pues ciertamente, contaba con toda la competencia funcional para decidir de manera oficiosa sobre la caducidad. (...) Ahora bien, la Sala debe precisar que la controversia planteada por la parte actora que considera erróneo el conteo del término que tomó el fallo recurrido para establecer la caducidad de la acción, y que, según su posición, este plazo debe iniciar a finales del 2002 y no desde los años 1996 y 1997, como lo determinó el Consejo de Estado, al tener aparentemente como referencia la Escritura Pública No. 0632 de 1996 por medio de la cual se cedió un terreno por parte del actor a favor del municipio de Madrid, en el sector del parque infantil del barrio Lusitania, y considerar que desde esa fecha ocurrió el cerramiento, corresponde a argumentos que implicarían hacer un juicio interpretativo respecto de la valoración probatoria, fáctica y jurídica que efectuó el Consejo de Estado en el fallo recurrido, aspectos que escapan del objeto y naturaleza del recurso extraordinario de revisión. La Sala considera necesario reiterar que el recurso extraordinario de revisión no tiene por objeto ni puede ser empleado para debatir las consideraciones jurídicas del juez natural de la causa y reabrir un debate propio de la instancia, como es lo que pretende en este asunto el recurrente”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre las características del recurso extraordinario de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 2 de marzo de 2010, Exp. No.11001-03-15-000-2001-00091-01(REV), C.P. Mauricio Torres Cuervo.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la nulidad de la sentencia como causal de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Mauricio Torres Cuervo, Exp. No.11001-03-15-000-2001-00091-01(REV); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintidós Especial de Decisión. Sentencia del 4 de abril de 2017. Expediente No. 11001-03-15-000-2016-02425-00(REV). C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de febrero de 2013, Exp. 11001-03-15-000-2008-01027-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la facultad oficiosa del juez para declarar la caducidad de la acción, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 1996-03652-01 (15983). Sentencia del 25 de febrero de 2009. M.P. Myriam Guerrero de Escobar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 1999-01554-01 (16699). Sentencia del 24 de abril de 2008. M.P. Myriam Guerrero de Escobar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de julio de 2009. Exp. 1995-11341-01 (17215) M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEFECTO DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / ERROR EN LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / AUSENCIA DE VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

**Problema jurídico 2:** *¿La sentencia del 9 de mayo de 2011, dictada por la Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado incurrió en la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA, esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por haber incurrido en una falla en la motivación de la sentencia?*

**Tesis 2:** “[P]ara la Sala, contrario a lo aducido en el recurso extraordinario, la sentencia recurrida tuvo en cuenta los argumentos tanto de la parte demandante como de la parte demandada; asimismo, valoró las pruebas recaudadas en el proceso tanto por petición del actor como por la parte opositora, sin que se advierta alguna animadversión hacía el demandante, o algunos móviles diferentes a fallar en derecho por parte del Consejo de Estado, a fallar en derecho. De acuerdo con lo anterior, el cargo no está llamado a prosperar, pues el hecho que la decisión recurrida no hubiera sido favorable a las pretensiones de la demanda, no significa que no se hubiera analizado y fallado dentro del marco planteado por la parte actora, sin que sea dable, como se señaló en el acápite anterior, hacer un juicio de valor sobre las consideraciones que llevaron al Consejo de Estado a decidir en ese sentido. (...)”.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PRUEBA DOCUMENTAL / COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL**

*Problema jurídico 3: ¿La sentencia del 9 de mayo de 2011, dictada por la Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado incurrió en la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA, esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por haber desestimado una prueba documental que se aportó en copia simple?*

**Tesis 3:** “[P]ara la Sala el cargo no tiene vocación de prosperidad, por cuanto el desconocimiento del documento mencionado no fue un tema fundamental para decidir la demanda de reparación directa. Es importante recordar que para la configuración de la causal de nulidad originada en la sentencia debe tratarse de una irregularidad de tal entidad, violatoria del debido proceso, que tenga la fuerza suficiente para influir en la decisión y romper la cosa juzgada de la que está investida. En este caso, como se relató en el acápite anterior, el desconocimiento de la Escritura Pública No. 3359 del 16 de julio de 1964 no fue parte de la ratio decidendi de la sentencia impugnada, pues dicha argumentación tuvo como propósito considerar que la propiedad del inmueble, sobre el que se reclamaba la reparación de perjuicios por su ocupación ilegal, no estaba demostrada en cabeza del actor, razón por la cual se estructuraba la falta de legitimación en la causa por activa. Y aunque la legitimación en la causa es un tema de suma importancia por ser un presupuesto de la acción, lo cierto es que esta no fue la razón por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, sino, otro presupuesto, la caducidad de la acción, fue lo que determinó el motivo de la decisión. (...)”.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / INEXISTENCIA DE LA INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO**

*Problema jurídico 4: ¿La sentencia del 9 de mayo de 2011, dictada por la Sección Tercera Subsección C del Consejo de Estado incurrió en la causal prevista en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA, esto es, nulidad originada en la sentencia, específicamente por haber desconocido el principio de congruencia?*

**Tesis 4:** “[Para la Sala, es evidente que el cuestionamiento de este cargo atiende al ejercicio interpretativo efectuado por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el fallo recurrido, pues so pretexto de alegar una incongruencia de la sentencia, la real pretensión es que se reexamine el tema de la caducidad de la acción, lo cual no corresponde a la naturaleza de este medio de impugnación. En efecto, pese a que este cargo invoca una violación al debido por falta de congruencia de la sentencia, lo cierto es que lo pretendido es que el recurso constituya una tercera instancia, planteando la necesidad que sea esta Sala la que establezca si la actividad interpretativa del juez se ajustó a derecho, desnaturalizando el objeto y propósito de este recurso extraordinario. La lectura de la sentencia recurrida permite observar que el fallo guardó plena congruencia interna entre el análisis probatorio y fáctico del caso y la decisión que se tomó, sin que pueda considerarse que, por el hecho de haber revocado la decisión de primera instancia por haber llegado a una conclusión diferente, constituyera una falta de congruencia en la decisión (...)”.

### **RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / FALTA DE PRUEBA DE LA CAUSACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS**

*Problema jurídico 5: ¿Se acreditó la causación de las costas en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio?*

**Tesis 5:** “[L]a Sala no condenará en costas al recurrente vencido en este proceso, debido a que en virtud de lo establecido en el artículo 365, numeral 8, del CGP, aplicable al caso por expresa remisión del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, lo cual no ocurre en el sub lite (...)”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciséis Especial de Decisión; sentencia del 27 de enero de 2023; C.P. Cesar Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2012-02124-00\(REV\)](#)

Salvamento parcial de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / PROCEDENCIA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO**

*Problema jurídico: ¿Se acreditó la causación de las costas en la modalidad de agencias en derecho en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio?*

Tesis: “[C]onsidero que en el caso concreto sí se causaron las costas procesales. Primero, porque el recurso extraordinario de revisión se resolvió de manera desfavorable a la parte actora, lo que hace procedente la condena al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso (en adelante C.G.P). Segundo, porque las costas se causaron debido a la actuación defensiva que asumieron el municipio de Madrid y el departamento de Cundinamarca. (...) Tercero, porque en el caso concreto no es necesario que se aporten los medios de prueba idóneos que permitan establecer el valor de los honorarios reconocidos o cancelados a los apoderados de los entes territoriales. De una parte, porque las agencias en derecho no deben corresponder necesariamente a los honorarios pagados al abogado respectivo; prueba de esto es que al momento de fijar las agencias en derecho el límite previsto es que no puede exceder el máximo establecido por el Consejo Superior de la Judicatura en la materia, cuota que puede ser inferior a los honorarios efectivamente cancelados. De otra, porque para el reconocimiento de las agencias en derecho existen pautas que el juez debe considerar al tenor de lo establecido en el numeral 4 del artículo 366 del C.G.P.”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciséis Especial de Decisión; sentencia del 27 de enero de 2023; S.V.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-15-000-2012-02124-00\(REV\)](#)

**4. Las circunstancias o condiciones inhabilitantes para que se configure la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1° de la Carta Política por incurrir en el supuesto contenido en el artículo 179 numeral 5° de la Constitución Política, esto es, por tener vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política, debe suceder en la circunscripción territorial de la respectiva elección.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra de la senadora Karina Espinosa Oliver, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por una presunta violación al régimen de inhabilidades por tener un vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.*

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E**

## **INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLÍTICA / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD CIVIL / GOBERNADOR**

**Problema jurídico 1:** *¿Los directivos de la Federación Nacional de Departamentos ejercen autoridad civil y política?*

**Tesis 1:** “Para la Sala no existe duda en torno a que el gobernador, en el marco de las funciones, ejerce autoridad civil y política. En efecto, de las atribuciones conferidas a los gobernadores y que se encuentran en los artículos 303 y 305 de Carta Política; 89, 94 y 95 del Decreto 1222 de 18 de abril de 1986; y 107 y 119 de la Ley 2200 de 8 de febrero de 2022, se evidencia, de un lado, el otorgamiento de potestades de mando, imposición y dirección respecto de la generalidad de las personas; competencias reglamentarias de designación y remoción de empleados; funciones correccionales o disciplinarias o de control que comportan poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas —autoridad civil— y, del otro, que el gobernador ostenta la condición de máxima autoridad de su departamento e integrante del gobierno departamental y, en esta medida, se reitera, ejerce autoridad política. Con fundamento en las anteriores premisas, la Sala pone de relieve que, si bien es cierto que el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, en su condición de gobernador del departamento de Sucre para el período 2020-2023, ejerce autoridad civil y política, no puede predicarse esa misma característica si se revisa su labor como directivo de la Federación Nacional de Departamentos. Para arribar a tal conclusión se pone de presente que, de acuerdo con los estatutos de la Federación Nacional de Departamentos, aprobados en la Asamblea General de Gobernadores realizada el 3 de agosto de 1994, dicha organización es una entidad pública sin ánimo de lucro que no ejerce funciones públicas. En el mismo sentido, los estatutos de la Federación Nacional de Departamentos, aprobados en la Asamblea General de Gobernadores de 8 de noviembre de 2022, reiteraron que dicha organización es una entidad pública -sin ánimo de lucro- que no ejerce funciones públicas. (...) Sumado a lo anterior, la Sala resalta que quien tiene a su cargo la representación legal, la dirección y administración de la gestión de la Federación Nacional de Departamentos no es su presidente, sino su director ejecutivo (...)”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la inhabilidad del congresista por tener vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del veintinueve (29) de enero de dos mil diecinueve (2019). Radicación: 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU), C.P. Rocío Araújo Oñate y Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023), Radicación: 11001-03-15-000-2022-03485-00, C.P. Oswaldo Giraldo López.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre el ejercicio de autoridad civil y política, ver: Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Décima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, sentencia del diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020), Radicación: 11001-03-15-000-2020-00061-00(PI), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

## **RÉGIMEN DE INHABILIDADES DEL CONGRESISTA / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / INHABILIDAD DEL CONGRESISTA POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON AUTORIDAD / AUTORIDAD CIVIL / EJERCICIO DE LA AUTORIDAD CIVIL / AUTORIDAD POLÍTICA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL / ELEMENTO OBJETIVO DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD / ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA**

**Problema jurídico 2:** *¿En el asunto bajo estudio las circunstancias o condiciones inhabilitantes tuvieron lugar en la circunscripción territorial de la respectiva elección?*

**Tesis 2:** “[D]e acuerdo con el artículo 171 de la Carta Política, el Senado de la República está integrado por cien (100) miembros elegidos en circunscripción nacional, razón por la cual la señora Karina Espinosa Oliver fue elegida Senadora de la República para el período 2022-2026 en dicha circunscripción. Por el contrario, la elección del gobernador del señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver como gobernador del departamento de Sucre para el período 2020-2023, lo fue en circunscripción territorial, razón por la que el ejercicio de autoridad civil o política no tuvo ocurrencia en la misma circunscripción territorial de la

elección puesto que, como lo indica la citada norma para los efectos de la inhabilidad contenida en el numeral 5°, la circunscripción nacional no coincide con las territoriales. Esta Corporación ha destacado que las causales de inhabilidad de los congresistas son aquellas previstas taxativamente en la Carta Política y en la Ley 5ª de 1992, por lo cual son de aplicación restrictiva y no admiten interpretaciones extensivas o analógicas, lo cual implica, para el presente asunto que, en la medida en que la conducta desplegada por la acusada no se acomoda exactamente a la situación jurídica regulada en la norma, no resulta posible encontrar configurada la causal de pérdida de investidura que le atribuye y despojarla de su investidura. (...) En lo que guarda relación con las afirmaciones del actor consistentes en que los directivos de la Federación Nacional de Departamentos tienen injerencia en todos los departamentos miembros que, como se analizó con anterioridad, el desarrollo de las funciones previstas en los estatutos para los directivos de dicha federación no puede entenderse como ejercicio de autoridad civil o política puesto que aquellos establecen con claridad que tal organización no ejerce funciones públicas”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el factor territorial de la inhabilidad del congresista por tener vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2355 del cinco (5) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00186-00(2355), C.P. Édgar González López.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veinte Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 10 de febrero de 2023; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15-000-2022-05841-00\(PI\)](#)

SECCIÓN  
PRIMERA



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Se declara la nulidad de algunos apartes del Decreto 2820 de 2010, por extralimitación de la potestad reglamentaria.

*Síntesis del caso:* Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para que se anulen los artículos 8°, 10, 11, 12, 15, 16, 18, 23, 25 a 27, 29 a 31, 33 a 38, 40, 42, 44 a 49 y 51 parágrafo 3° del Decreto 2820 de 5 de agosto de 2010, "Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales".

**POTESTAD REGLAMENTARIA / AUTORIDAD AMBIENTAL / LICENCIA AMBIENTAL / COMISIÓN PARA LA PRÁCTICA DE PRUEBA / PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico1:* Si hay exceso de la potestad reglamentaria respecto del artículo 44 del Decreto 2820 de 2010 y desconocimiento de los artículos 5°. y 31 de la Ley 99, así como 31 a 36 y 181 del Código de Procedimiento Civil.

**Tesis 1:** La parte demandante indicó que el artículo 44 del Decreto 2820 de 2010 violó los artículos 53 de la Ley 99 y 150 -numeral 1°. - de la Constitución Política porque creó, sin autorización del legislador, la figura de la "[...] "Comisión de diligencias" [...]". A su juicio, la norma acusada modificó los artículos 5°. y 31 de la Ley 99 toda vez que previó nuevas competencias a cargo del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y de las Corporaciones Autónomas Regionales. [...] El artículo demandado regula la comisión de diligencias, específicamente la práctica de pruebas y de otras medidas y diligencias, sin que exista dentro del marco legal del título VIII y de la Ley 99, disposición alguna sobre esta comisión de diligencias. De igual manera, esta comisión de diligencias es general, se utilizaría para el adecuado cumplimiento de las funciones asignadas por la ley y los reglamentos a las autoridades ambientales, sin que tenga vinculación con la materia objeto de reglamentación que son las licencias ambientales. Vistos los artículos 1.º y 267 del CCA, este código aplica a las autoridades ambientales competentes que otorgan las Licencias Ambientales según la Ley 99, y en los aspectos no regulados en este Código remite a la normatividad del Código de Procedimiento Civil. [...] Vistos los artículos 31 y 181 del Código de Procedimiento Civil, en consonancia con los artículos 32 al 36 ibidem, el juez puede hacer uso de la comisión para la práctica de pruebas y de otras diligencias. [...] Acorde con los textos normativos citados, se considera: (i) la comisión de diligencias prevista en el artículo acusado, está concebida de manera general, sin tener relación directa su contenido con las Licencias Ambientales; (ii) no tiene fundamento legal de base; (iii) la comisión para práctica de pruebas y otras diligencias en los procedimientos administrativos, que surtan las autoridades ambientales competentes para otorgar Licencias Ambientales, está regulada por el CPC, por remisión del CCA a ese estatuto procesal. La Sala considera que el artículo 44 del Decreto 2820 de 2010, excedió la potestad reglamentaria y reguló un asunto materia de ley, por lo que será declarada su nulidad. Con fundamento en lo anterior, se declarará la nulidad del artículo 44 del Decreto 2820 de 2010.

**POTESTAD REGLAMENTARIA / LICENCIA AMBIENTAL / ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL / AUTO DE TRÁMITE / SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS / AUTORIDAD AMBIENTAL / CONCEPTO / AUDIENCIA PÚBLICA / TÉRMINO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / PLAZO / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico 2:* Si hay exceso de la potestad reglamentaria respecto del artículo 25 del Decreto 2820 de 2010.

**Tesis 2:** La parte demandante indicó que el artículo 25 del Decreto 2820 de 2010 vulnera el artículo 58 de la Ley 99 porque modifica los términos para solicitar información adicional al interesado y a otras autoridades con el objeto de otorgar o negar la licencia ambiental; asimismo, sostuvo que la norma acusada "[...] borra de un plumazo el parágrafo del mencionado artículo en cuanto al término para decidir las Licencias Ambientales Globales [...]". Destacó que los términos previstos por el legislador son juiciosos, mientras que los establecidos en la norma acusada son caprichosos e impiden que la autoridad ambiental competente realice una evaluación técnica adecuada, lo cual desconoce la obligación de planificación prevista en el artículo 80 de la norma Superior. [...] Los artículos 58 de la Ley 99 y 25 del Decreto 2820 de

2010 tienen como fundamento las mismas etapas, así: la presentación de la solicitud para iniciar el trámite, el requerimiento de la información adicional al interesado o de conceptos técnicos a otras entidades u autoridades y la decisión sobre la viabilidad ambiental del proyecto. Respecto del procedimiento, la Sala considera que la norma acusada es un desarrollo del artículo 58 de la Ley 99 porque precisa las etapas del proceso de licenciamiento ambiental y regula expresamente la expedición de autos de trámite para impulsarlo, como sucede con el auto de inicio del trámite y el auto que declara reunida la información. En el párrafo del artículo 58 de la Ley 99 se hizo alusión al auto que declara reunida la información, sin embargo, la parte general de la norma *idem* no previó esa etapa; mientras que el artículo 25 del Decreto 2820 de 2010 previó la expedición de esta decisión de trámite. Asimismo, la norma acusada remitió a los artículos 12 y 13 del procedimiento administrativo general del Código Contencioso Administrativo, para la suspensión de términos cuando la autoridad ambiental solicite al interesado la información adicional que considere pertinente y a la Ley 633 de 29 de diciembre de 2000, respecto del cobro del servicio de evaluación, lo cual, está en concordancia con la normativa que regula este último asunto y con el artículo 1°. del Código Contencioso Administrativo, que dispone que “[...] Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se registrarán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles. [...]” El párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 2820 de 2010 regula los conceptos que deben expedir las autoridades ambientales en relación con los proyectos, obras o actividades en el área de su jurisdicción que son de competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; esta disposición desarrolla el artículo 59 de la Ley 99 que prevé que en los casos en que esa última entidad sea competente para otorgar la licencia ambiental, los permisos, concesiones y autorizaciones relacionados con la obra o actividad serán otorgados teniendo en cuenta la información técnica suministrada por las Corporaciones Autónomas Regionales, las entidades territoriales correspondientes y demás entidades del Sistema Nacional del Ambiente. El párrafo tercero del artículo 25 del Decreto 2820 de 2010 prevé la suspensión de términos cuando se solicite o sea necesaria la celebración de la audiencia pública ambiental, lo cual está en armonía con lo establecido en el inciso quinto del artículo 72 de la Ley 99 que prevé que “[...] La celebración de la audiencia suspende los términos del procedimiento administrativo para el otorgamiento de licencias o permisos y se hace sin perjuicio de las facultades atribuidas a la autoridad competente para expedir el acto administrativo correspondiente. [...]”. Además, la norma acusada no se refiere a la licencia ambiental global ni a las demás competencias de la parte demandada y su regulación no se extiende a estos aspectos, por lo tanto, no encuentra asidero la manifestación de la parte demandante, según la cual, la disposición enjuiciada “borra de un plumazo” el párrafo del artículo 58 de la Ley 99. En este contexto, la Sala considera que la norma acusada no modificó la Ley 99 o creó un procedimiento para otorgar licencias ambientales que no atiende al previsto por el legislador, por cuanto se limitó, en este aspecto, a permitir la concreción de la disposición legal. No obstante, en relación con el cargo referente a que la norma acusada estableció términos más cortos que los previstos en el artículo 58 de la Ley 99, [...] En efecto, el artículo 25 del Decreto 2820 de 2010 disminuyó los términos respecto de: i) la solicitud de información adicional al interesado (numeral 3.); ii) la remisión por parte de las autoridades de los conceptos técnicos o informaciones pertinentes (numeral 2.); y iii) la viabilidad ambiental del proyecto, obra o actividad (numeral 5.). Sobre el particular, se reiteran los argumentos expuestos en el acápite denominado “Exceso de la potestad reglamentaria respecto del inciso segundo del numeral 1°. y los numerales 2°. y 3°. del artículo 23 del Decreto 2820 de 2010”. Con fundamento en lo anterior, la Sala declarará la nulidad de las expresiones “que deben ser remitidos en un plazo no superior a veinte (20) días hábiles, contados desde la fecha de radicación de la comunicación correspondiente”, “dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes” y “en un término no mayor a veinticinco (25) días hábiles, contados a partir de la expedición del auto que declare reunida la información”, contenidas en la parte final del numeral 2. y en los numerales 3. y 5. del artículo 25 del Decreto 2820 de 2010, respectivamente.

### **POTESTAD REGLAMENTARIA / AUTORIDAD AMBIENTAL / LICENCIA AMBIENTAL / DIAGNÓSTICO AMBIENTAL / TÉRMINO DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / PLAZO / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 3:** *Si hay exceso de la potestad reglamentaria respecto del inciso segundo del numeral 1°. y los numerales 2°. y 3°. del artículo 23 del Decreto 2820 de 2010.*

**Tesis 3:** La parte demandante señaló que el inciso segundo del numeral 1°. del artículo 23 del Decreto 2820 de 2010, viola el inciso primero del artículo 56 de la Ley 99 “[...] ya que modifica dicho artículo en lo relacionado con el término ya que mientras el artículo 56 establece un término de treinta (30) días para decidir la necesidad o no de un Diagnóstico Ambiental de Alternativas y la entrega de términos de referencia, el artículo acusado coloca (sic) un término de Quince (sic) (15) días; situación que vulnera las competencias del Congreso de la República, y por lo tanto viola el numeral 1° del artículo 150 de la

Constitución Nacional; [...], lo cual no sólo va en contra de la norma superior, sino de la actividad de evaluación de las autoridades ambientales las cuales con u (sic) término tan corto no pueden hacer una valoración juiciosa de las alternativas presentadas. [...] [...] De acuerdo con el artículo 56 de la Ley 99, la autoridad ambiental competente debe definir los términos de referencia del Diagnóstico Ambiental de Alternativas en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles; en contraste, la norma acusada prevé que esta obligación deberá cumplirse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud. Según lo anotado, la parte demandada, mediante el inciso segundo del numeral 1°. del artículo 23 del Decreto 2820 de 2010, modificó el plazo previsto en el artículo 56 de la Ley 99 para definir los términos de referencia del Diagnóstico Ambiental de Alternativas, lo cual implica el exceso de la potestad reglamentaria. La Corte Constitucional ha considerado que la reducción proporcionada y razonable de los términos del trámite para obtener una licencia ambiental garantizan los principios de eficacia, economía y celeridad, en tanto permite el acceso adecuado a la administración, evita dilaciones o retardos y exige la optimización del uso del tiempo, así como la decisión de las solicitudes oportunamente. No obstante, la reforma de las leyes le corresponde al Congreso de la República, de conformidad con lo establecido en el numeral 1°. del artículo 150 de la Constitución Política. La Sala reitera que la potestad reglamentaria se concreta en la expedición de normas que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley, pero esta tiene como límite el ordenamiento jurídico y la ley que reglamenta. En efecto, el Gobierno Nacional debe subordinarse al contenido de la ley y no puede modificarla o restringir y ampliar su sentido. En el caso sub examine, la norma acusada redujo el plazo para definir los términos de referencia del Diagnóstico Ambiental de Alternativas establecido en el artículo 56 de la Ley 99, lo cual excede la potestad reglamentaria. Con fundamento en lo anterior, la Sala declarará la nulidad de la expresión “Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud”, contenida en el inciso segundo del numeral 1°. del artículo 23 del Decreto 2820 de 2010. El artículo 56 de la Ley 99 prevé que la parte interesada, en la etapa de factibilidad, deberá solicitar a la autoridad ambiental competente que se pronuncie sobre la necesidad o no de presentar un Diagnóstico Ambiental de Alternativas, con base en la información suministrada; la entidad debe decidir sobre la necesidad o no del mismo y definir los términos de referencia y, con base en el Diagnóstico Ambiental de Alternativas presentado, elegirá la alternativa o las alternativas sobre las cuales se elaborará el respectivo Estudio de Impacto Ambiental. La Sala considera que la norma acusada permite materializar la orden prevista en la Ley 99 sobre la evaluación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas, por cuanto establece un procedimiento ajustado al marco de la norma objeto de reglamentación, según se explicará a continuación. El artículo 23 del Decreto 2820 de 2010 regula el procedimiento para la evaluación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas y dispuso las siguientes etapas: i) presentación de la solicitud; ii) determinación de la necesidad o no del Diagnóstico Ambiental de Alternativas; iii) la entrega a la parte interesada de los términos de referencia para la elaboración del DAA o del EIA, según el caso; iv) la radicación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas por la parte interesada; v) el inicio del trámite; vi) la publicación del acto administrativo mediante el cual se inició el trámite; y vii) la evaluación y elección de la alternativa. Asimismo, la norma acusada establece requisitos especiales y adicionales para proyectos hidroeléctricos. El procedimiento indicado supra materializa el artículo 56 de la Ley 99, en razón a que le permite a la administración adelantar el trámite de evaluación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas bajo reglas claras, precisas y unificadas. Ahora bien, la parte demandante manifestó que el artículo 23 del Decreto 2820 de 2010 modificó el término para la Evaluación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas. El inciso tercero del artículo 56 de la Ley 99 prevé que la autoridad elegirá la alternativa o las alternativas sobre las cuales deberá elaborarse el Estudio de Impacto Ambiental en un plazo no mayor de sesenta (60) días, contado a partir de la presentación del Diagnóstico Ambiental de Alternativas; mientras que el numeral 3°. de la norma acusada prevé que esta elección se llevará a cabo en un plazo de treinta (30) días hábiles, contado a partir de la ejecutoria del acto administrativo de inicio del trámite. Así las cosas, la norma acusada modificó el término previsto en el inciso tercero del artículo 56 de la Ley 99 para la elección de la alternativa o las alternativas sobre las cuales deberá elaborarse el Estudio de Impacto Ambiental. Sobre el particular, se reiteran los argumentos expuestos previamente respecto del inciso segundo del numeral 1°. Con fundamento en lo anterior, la Sala declarará la nulidad de la expresión “en un plazo de treinta (30) días hábiles” contenida en el numeral 3°. del artículo 23 del Decreto 2820 de 2010.

#### **POTESTAD REGLAMENTARIA / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE / LICENCIA AMBIENTAL / IMPORTACIÓN / PLAGUICIDA / LEY / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 4:** Si hay exceso de la potestad reglamentaria respecto del numeral 10. del artículo 8°. del Decreto 2820 de 2010

**Tesis 4:** La parte demandante manifestó que los literales a), b) y e) del numeral 10. del artículo 8°. del Decreto 2820 de 2010 modifican el numeral 8°. del artículo 52 de la Ley 99 porque “[...] esta norma dispone

de manera general la competencia del Ministerio de Ambiente, en los siguientes términos: “10. Producción e importación de pesticidas, y de aquellas sustancias, materiales o productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales”; en el numeral y literales acusados se discrimina unas cuatro actividades en lo relacionado con pesticidas o plaguicidas de las se asigna (sic) competencia limitada al Ministerio de Ambiente, siendo que la competencia asignada en el numeral 8° del artículo 52 es amplia y no restringida como lo hace la norma acusada [...]” A su juicio, ello transgrede el numeral 1°. del artículo 150 de la Constitución, porque la función de modificar leyes está a cargo del Congreso de la República y el artículo 53 de la Ley 99 toda vez que el Gobierno Nacional puede reglamentar únicamente lo relacionado con “[...] los casos en que las Corporaciones Autónoma (sic) Regionales otorgaran (sic) licencias ambientales y aquéllos en que se requiera estudio de impacto ambiental y diagnóstico ambiental de alternativas; [...]”. [...] La Sala precisa que se resolverá si el Gobierno Nacional incurrió en un exceso de la potestad reglamentaria de la Ley 99, al limitar la competencia de la parte demandada a ciertos casos de producción e importación de pesticidas. La norma acusada exceptuó de la competencia del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial el otorgamiento de licencias ambientales para producción e importación: i) de plaguicidas para uso agrícola cuando su origen es biológico y son elaborados con base en extractos naturales; ii) de plaguicidas, así como pesticidas veterinarios de uso tópico para mascotas y los accesorios de uso externo tales como orejeras, collares, narigueras, etc.; y iii) de pesticidas o plaguicidas de uso doméstico en presentación o empaque individual. [...] la norma acusada establece excepciones al numeral 8. del artículo 52 de la Ley 99 que prevé que el Ministerio del Medio Ambiente otorgará licencia ambiental para la producción e importación de pesticidas. Si bien, el Gobierno Nacional tiene la facultad de ejercer la potestad reglamentaria sin autorización del legislador, su límite está fijado por la ley objeto de la reglamentación. En efecto, si la ley previó la competencia del Ministerio del Medio Ambiente de otorgar de forma privativa licencia ambiental en los casos de producción e importación de plaguicidas, el Gobierno Nacional no está facultado para establecer excepciones en esos casos, a menos que la misma ley lo autorice, lo cual no ocurrió en el caso sub examine. Por las razones expuestas, la Sala declarará la nulidad de las expresiones “con excepción de los plaguicidas de origen biológico elaborados con base en extractos naturales”, “con excepción de aquellos de uso tópico para mascotas y los accesorios de uso externo tales como orejeras, collares, narigueras, etc.” y “con excepción de aquellos plaguicidas para uso doméstico en presentación o empaque individual”, contenidas en los literales a), b) y e) del numeral 10. del artículo 8°. del Decreto 2820 de 2010, respectivamente. Sin embargo, no se declarará la nulidad de todo el numeral 10. teniendo en cuenta que, sin los apartes transcritos supra, este debe interpretarse como una extensión del artículo 52 de la Ley 99 y no como una limitación, de acuerdo con los argumentos expuestos en el acápite denominado “Exceso de la potestad reglamentaria respecto del numeral 1°. del artículo 8°. del Decreto 2820 de 2010”.

## **POTESTAD REGLAMENTARIA / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE / LICENCIA AMBIENTAL / CONSTRUCCIÓN / EMBALSE / ACTIVIDAD DE GENERACIÓN DE ENERGÍA / CAPACIDAD / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / NULIDAD PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 5:** *Si hay exceso de la potestad reglamentaria respecto del literal a) del numeral 4° del artículo 8°. del Decreto 2820 de 2010.*

**Tesis 5:** La parte demandante manifestó que el literal a) del numeral 4°. del artículo 8°. del Decreto 2820 de 2010 modifica el numeral 3. del artículo 52 de la Ley 99 “[...] en lo relacionado con la capacidad instalada; ya que el artículo 52 establece “y construcción de centrales generadoras de energía eléctrica que excedan de 100.000 Kw; la norma acusada lo establece en “La construcción y operación de centrales generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada igual o superior a MW”; cambia de KW a MW; medidas distintas en la Unidad de Medida; igualmente varía la Competencia del Ministerio de Ambiente, toda vez que mientras la ley 99 le establece la Competencia para aquellos proyectos de generación que excedan de 100.000 kw, es decir de 101.000 en adelante, el decreto lo coloca igual o superior 100 MW; lo que modifica sustancialmente el artículo 52 numeral 3 de la Ley 99 de 1993 y vulnera además el numeral 1°, del artículo 150 de la Constitución Política, en cuanto a las competencias del Congreso de la República. [...]” [...] Los Vatios (W) son un tipo de unidad de medida que se pueden expresar en diferentes órdenes de magnitud como Kilovatios (Kw) o Megavatios (Mw); un Megavatio (Mw) equivale a mil (1.000) kilovatios (Kw). Entonces, cien mil (100.000) kilovatios (Kw) corresponden a 100 Megavatios (Mw). La Sala considera que el cambio de Kilovatios (Kw) a Megavatios (Mw) no afecta la legalidad de la norma acusada, en tanto los dos (2) órdenes de magnitud se fundamentan en vatios (W) y permiten establecer la capacidad instalada de las centrales generadoras de energía eléctrica de forma equivalente. Ahora bien, la parte demandante sostiene que el numeral 3°. del artículo 52 de la Ley 99 establece la competencia de la parte demandada para conocer de las licencias ambientales para la construcción de presas, represas o embalses con capacidad superior a doscientos millones de metros cúbicos, y la construcción de centrales

generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada de 101.000 Kilovatios (Kw) o superior, mientras que la norma acusada fija la capacidad en igual o superior a 100 Megavatios (Mw). En cuanto a esta parte del cargo de violación, sobre el límite a partir del cual la capacidad instalada de las centrales generadoras de energía eléctrica, permite el otorgamiento o no de la Licencia Ambiental para su construcción, el literal a) acusado determina “[...] con capacidad instalada igual o superior a 100 MW [...]”; y la norma reglamentada establece “[...] que excedan de 100.000 Kw de capacidad instalada. [...]”. La Sala observa que según el numeral 3 del artículo 52 de la Ley 99, la capacidad instalada para que proceda el otorgamiento o no de la Licencia Ambiental, debe exceder de 100.000 kw, para que cumpla esta exigencia sería 100.001 kw; el literal acusado, establece que la capacidad instalada es igual o superior a 100 MW ( equivale a 100.000 kw), lo que permite que al ser igual a 100 MW, cumpliría este requisito, infringiendo y modificando lo previsto en la ley, que determina que sea superior a esta cantidad. En este contexto, la Sala considera que el literal a) del numeral 4. del artículo 8°. del Decreto 2820 de 2010 excede la potestad reglamentaria y modifica el numeral 3 del artículo 52 de la Ley 99. Con fundamento en lo anterior, la Sala declarará la nulidad de la expresión “igual o”, contenida en el literal a) del numeral 4. del artículo 8°. del Decreto 2820 de 2010.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de octubre de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00466-00.](#)

### **Salvamento parcial de voto de la consejera Nubia Margoth Peña Garzón**

**Problema jurídico 1:** *Si hay exceso de la potestad reglamentaria respecto del numeral 10. del artículo 8°. del Decreto 2820 de 2010*

**Tesis 1:** A mi juicio, no era procedente anular las expresiones contenidas en los literales a), b) y e) del numeral 10 del artículo 8° del Decreto 2820 de 2010, por cuanto la conclusión de extralimitación de funciones en la que se fundó el fallo, excluyó de análisis que estas excepciones sí correspondían al ejercicio de la facultad reglamentaria y la atribución conferida al Ministerio del Medio Ambiente por el artículo 52 de la Ley 99 de 1993, en la medida en que lo autorizó para delimitar qué productos estaban sujetos a controles, lo que explica la exención y sus condiciones. Por ello, el determinar en qué casos la licencia ambiental era exigible para la producción y el ingreso de productos importados al país de la clasificación “pesticidas”, era una competencia a cargo de dicho Ministerio, pues no de otra manera podía fijar, de acuerdo con la composición de tales productos, si ameritaba legalmente su exigencia, motivada en: i) el origen biológico, ii) el uso tópico de mínima concentración iii) su uso doméstico y iv) la afectación reducida al medio ambiente. Lo anterior, sumado a que la Ley le confirió tal autorización al fijar como marco de exigencia de la licencia ambiental a los “productos sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales”. De este modo, el Ministerio estaba autorizado, en desarrollo de la competencia atribuida, para establecer tales exenciones, las que además de encontrarse justificadas, no tuvieron reproche de oposición de la parte actora para explicar el por qué le era exigible la licencia ambiental a esta clase de productos, pues se limitó a señalar que “la competencia asignada en el numeral 8° del artículo 52 es amplia y no restringida como lo hace la norma acusada”, explicación insuficiente para validar el exceso de la facultad reglamentaria.

**Problema jurídico 2:** *Si hay exceso de la potestad reglamentaria respecto del inciso segundo del numeral 1°. y el numeral 3°. del artículo 23 y la parte final del numeral 2 y el numeral 5 del artículo 25 del Decreto 2820 de 2010.*

**Tesis 2:** Respecto de la nulidad de las expresiones que fijan términos en el inciso segundo del numeral 1° y numeral 3° del artículo 23 y la parte final del numeral 2 y el numeral 5 del artículo 25 Decreto 2820 de 2010, no comparto su anulación por cuanto estimo que tales normas no redujeron los plazos fijados por el legislador, sino que se establecieron de manera justificada dentro del límite que debía observarse. En efecto, la norma superior fija como mandato que el término no puede ser “mayor de”, lo que explica que hay un límite, pero no necesariamente que deba ser equivalente para estar acorde con la norma superior. En efecto, considero que dicho límite implica que el término pueda ser menor, lo cual no afecta la legalidad de la disposición, siempre que oscile en el rango de movilidad que la norma superior estableció como marco para el tope de tales actuaciones. Al anterior razonamiento se le suma el hecho de que estos términos recaen sobre actuaciones a cargo de la administración, lo que justifica la observancia del límite fijado, pues fue el Ministerio el que consideró tal plazo como razonable y propicio para tomar la decisión a su cargo, aspecto que tampoco se examinó.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de octubre de 2022; S.P.V. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 11001-03-24-000-2010-00466-00.](#)

## **2. Se decreta la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 227 de 16 de febrero de 2023.**

**Síntesis del caso:** *Se solicitó que se decretara la suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 227 de 16 de febrero de 2023 «Por el cual se reasumen algunas de las funciones Presidenciales de carácter regulatorio en materia de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones»; acto administrativo suscrito por el Presidente de la República, por los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Minas y Energía, Vivienda Ciudad y Territorio, y por el Director del Departamento Administrativo de Planeación Nacional.*

**MEDIDAS CAUTELARES / MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA / SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PARTICIPACIÓN CIUDADANA / PRINCIPIO DE EFICACIA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / DEBERES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / INFORMACIÓN / ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PUBLICIDAD / PLAZO / PÁGINA WEB / PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 1:** *Se debe decretar la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 227 de 16 de febrero de 2023 «Por el cual se reasumen algunas de las funciones Presidenciales de carácter regulatorio en materia de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones», por haber sido expedido en forma irregular, quebrantando los artículos 8 - numeral 8°- del CPACA y 2.1.2.1.14. del Decreto 1081 de 2015.*

**Tesis 1:** [E]l deber de garantizar a plenitud la participación ciudadana, así como el respeto a los principios de transparencia y eficacia, propios de la actuación administrativa y asociados a la regulación contenida tanto en el artículo 8 -numeral 8°- del CPACA como el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, resultan determinantes para efectos de predicar la validez de la actuación administrativa. Ahora bien, aunque es un hecho cierto que el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015 prevé la posibilidad de publicar el proyecto de acto regulatorio por un lapso inferior a quince (15) días calendario, lo cierto es que dicha disposición, en la medida en que limita el ejercicio de una garantía constitucional -artículo 209-, exige que la autoridad que haga ejercicio de dicha excepción justifique de manera adecuada el motivo por el cual restringe el derecho de los asociados a participar en el proceso previo a la producción normativa. De allí que la norma disponga lo siguiente: «[...] Excepcionalmente, la publicación podrá hacerse por un plazo inferior, siempre que la entidad que lidera el proyecto de reglamentación lo justifique de manera adecuada. En cualquier caso, el plazo deberá ser razonable y ajustado a la necesidad de la regulación [...]». [...] Como se observa de la lectura del acto acusado [Decreto 227 de 2023], las entidades demandadas se abstuvieron de publicar el proyecto de regulación y su memoria justificativa por el lapso -no menos de quince (15) días- que se establece en el artículo 8 -numeral 8°- del CPACA y en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015. Es preciso poner de relieve que al revisar el contenido de la memoria justificativa de la actuación administrativa, se aprecia que, al momento en que se exponen las razones por las cuales en este evento específico se dio un tratamiento excepcional a la publicidad del proyecto de regulación, las autoridades administrativas demandadas en este proceso se limitaron a consignar lo siguiente: «[...] El presente proyecto de decreto se publicará por el término de dos (2) días, teniendo en cuenta que se trata de reasumir la competencia regulatoria a cargo del Presidente de la República [...]». Resalta este Despacho que al estudiar los antecedentes administrativos que obran en el expediente no se encontró ninguna justificación adicional que sustentara la restricción y limitación -por el lapso de trece (13) días calendario- del derecho de la ciudadanía en general y de los grupos de interés a participar en el proceso de producción normativa, afectando con ello, de manera ostensible e injustificada, la posibilidad de que los administrados radicaran sus opiniones, sugerencias o propuestas alternativas respecto del proyecto específico de regulación

asociado a un tema tan trascendental y de significativa importancia colectiva, como lo es el concerniente a la regulación de los servicios públicos domiciliarios. Sumado a lo anterior, se debe destacar que, consultado el sitio web del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en donde se hizo la publicación de la memoria justificativa del Decreto 227 de 2023, se advierte que tampoco obra la certificación a que se refiere el artículo 2.1.2.1.6., del Decreto 1081 de 2015, [...] La falta de publicación de la certificación a que se refiere el citado artículo 2.1.2.1.6, valga resaltarlo, también vulnera lo señalado en el numeral 4° del artículo 8 del CPACA, precepto de acuerdo con el cual, es deber del Gobierno Nacional publicar los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos. La omisión en el cumplimiento de la exigencia explícita señalada por el legislador, devela la inobservancia del deber de las entidades demandadas de garantizar los postulados y exigencias de la actuación administrativa, lo que no tiene propósito distinto al de lograr la transparencia y la eficacia de la gestión pública. Cabe destacar que esta misma línea argumentativa ha sido expuesta por esta corporación judicial cuando al resolver casos similares al que nos ocupa ha censurado el incumplimiento de los referidos postulados de la actuación administrativa, [...] En este orden de ideas, este Despacho encuentra, de manera preliminar, que se configuró el vicio asociado a la expedición irregular del acto administrativo cuya suspensión se depreca, ante el desconocimiento de lo normado en los artículos 8° -numerales 4° y 8°- del CPACA y en los artículos 2.1.2.1.6, 2.1.2.1.7 y 2.1.2.1.14. del Decreto 1081 de 2015.

**MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA / SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DELEGACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / DELEGANTE / ASIGNACIÓN DE FUNCIONES / SERVIDOR PÚBLICO / COMPETENCIA / ORDENAMIENTO JURÍDICO / PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS / REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN TARIFARIO / LEGISLADOR ORDINARIO / FACULTADES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO / FACULTADES DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS / LEY / DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / FALTA DE COMPETENCIA / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico 2: Se debe decretar la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional de los efectos jurídicos del Decreto 227 de 16 de febrero de 2023 «Por el cual se reasumen algunas de las funciones Presidenciales de carácter regulatorio en materia de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones», por haber sido expedido en forma irregular, sin competencia, con falsa motivación y con infracción de las normas superiores en que debía fundarse, teniendo en cuenta que el Presidente de la República reasumió todas las competencias generales asignadas por la ley a las comisiones de regulación, sin distinguir que, dentro de estas, se encuentran algunas que fueron asignadas expresamente por el legislador a estas agencias estatales -en especial, la regulación del régimen tarifario-.*

**Tesis 2:** [E] Despacho reitera que la función de regulación del régimen tarifario de los servicios públicos fue asignada directa y expresamente al legislador en los artículos 150, 365, 367 y 48 transitorio de la Constitución Política y este, a su vez, asignó dicho componente de regulación a las comisiones de regulación, por lo que no se encuentra ajustado a dichas normas superiores el hecho consistente en que el Presidente de la República pretenda asumir competencias que, por virtud de los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1993 y 20 y 23 de la Ley 143 de 1994, no son de su resorte, en tanto le fueron atribuidas por el legislador directamente a la CREG y a la CRA. Por último, esta Sala Unitaria debe ser enfática en señalar que en el presente pronunciamiento no se cuestiona el hecho de que el Presidente de la República haya reasumido las funciones que en materia de servicios públicos domiciliarios le asisten, pues lo que se encuentra irregular es que el primer mandatario de la Nación haya decidido arrogarse la competencia para regular el régimen tarifario de los servicios públicos, rol funcional que, por expresa disposición constitucional, le fue conferido al Congreso de la República, corporación que, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, consideró pertinente asignar el trámite técnico y operativo de la fijación de dichas tarifas a las comisiones de regulación. En este orden de ideas, el Despacho encuentra, preliminarmente, que el acto acusado contraviene los artículos 209 y 211 de la Constitución Política, así como los artículos 9° a 13 de la Ley 489 de 1998, en tanto que, de conformidad con lo expuesto, y, por contera, al primer mandatario de la Nación no le es posible reasumir unas funciones que no le han sido conferidas expresamente por el ordenamiento jurídico. A su vez, el Despacho pone de presente que esta medida cautelar de suspensión provisional se traduce en que las comisiones de regulación de los servicios

públicos domiciliarios seguirán ejerciendo, de manera ordinaria, todas las funciones que le fueron asignadas en las Leyes 142 y 143 de 1994, y demás normas concordantes, en los términos señalados en esta decisión.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 2 de marzo de 2023; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-24-000-2023-00045-00.](#)

# SECCIÓN SEGUNDA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Para el reconocimiento de la pensión de jubilación de docentes oficiales en el régimen de transición, es procedente tener en cuenta las vinculaciones por contrato de prestación de servicios anteriores a la vigencia de la ley 812 de 2003, igualmente y de ser ese el caso, el régimen de pensión por aportes contemplado en la ley 71 de 1988

*Síntesis del caso:* El accionante demandó la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No 008841 del 23 de octubre de 2018 proferida por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la cual le fue negado el reconocimiento de la pensión por aportes de que trata el artículo 7 de la Ley 71 de 1988. Acto administrativo conforme al cual el demandante fue vinculado al servicio educativo oficial con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, siendo aplicable para el reconocimiento pensional las previsiones de la Ley 100 de 1993.

**PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL DOCENTE OFICIAL / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL DOCENTE OFICIAL / PENSIÓN POR APORTES / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN PARA BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL / FACTOR SALARIAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN.**

*Problema jurídico:* «¿Al demandante, en su calidad de docente oficial con acumulación de aportes del sector público y privado, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello conforme a la Ley 71 de 1988 en cuantía del 75% del promedio de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus jurídico respectivo y con efectividad a partir de tal fecha sin condicionar su goce al retiro definitivo del servicio? »

*Tesis:* «[...] sobre el particular la parte demandada esgrime que el nombramiento formal del libelista como docente del magisterio oficial, solo ocurrió hasta el 15 de marzo de 2004 conforme al Decreto 166 del 25 de febrero del mismo año. Empero, el señor (...) aduce que a pesar de este hecho, lo cierto es que el desempeño de sus funciones como educador en las instituciones educativas públicas de la Secretaría de Educación de los municipios de Jenesano y Samacá, tuvo lugar desde el 2 de agosto de 1989 en razón de múltiples contratos de prestación de servicios para ejercer la labor de maestro estatal. [...] sin perjuicio del vínculo contractual existente en los lapsos aludidos, y sin que en esta sentencia se emita pronunciamiento sobre una eventual declaratoria de existencia de una relación laboral para aquella época, sí debe entenderse que el señor (...) ejerció funciones propias e inherentes a la condición de docente estatal en cada uno de sus interregnos de ejecución. [...] esta conclusión halla respaldo en la sentencia de unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado, en la cual se precisó que «[...] la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado. [...]». [...] Conforme a este entendido, se estima que, para la solución jurídica del presente caso, deben aplicarse los postulados a título de reglas previstos en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019, emanada de la Sección Segunda

del Consejo de Estado, la cual pese a relacionarse concretamente con el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados al FNPSM, resulta útil en cuanto a las previsiones normativas sobre requisitos y condiciones jurídicas para acceder y consolidar el derecho prestacional propiamente dicho. [...] se resalta que a lo largo del proveído aludido, el Consejo de Estado precisó que de acuerdo con el parágrafo transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación para los docentes oficiales tanto nacionales, nacionalizados y territoriales, cuya aplicación está condicionada a la fecha de ingreso al servicio educativo estatal [...] Así, el derecho a la pensión de jubilación de los docentes vinculados a partir del 1.º de enero de 1981 tanto nacionales como nacionalizados, y de los nombrados a partir del 1.º de enero de 1990 pero en todo caso antes del 27 de junio de 2003 cuando entró a regir la Ley 812 de 2003, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 33 de 1985, se rige por las siguientes reglas: - Edad: 55 años para hombres y mujeres - Tiempo de servicios: 20 años - Tasa de remplazo: 75%. - Ingreso Base de Liquidación: Que comprende i) el período del último año anterior a la adquisición del estatus y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985, que son: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. [...] se colige que la aplicación de uno u otro régimen está condicionada a la primera fecha de vinculación al servicio educativo oficial que acredite cada docente. Para el asunto de marras, tal como se expuso en el acápite referente a la condición de educador estatal del libelista, este debe ser considerado como tal desde el 2 de agosto de 1989 cuando ejerció funciones inherentes a la mentada profesión para el municipio de Jenesano, ello a través de órdenes de prestación de servicios que comenzaron su ejecución desde dicha data conforme a la certificación laboral emitida por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, la cual en todo caso es anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (27 de junio de 2003). [...] dicha providencia se abstuvo de plantear el supuesto cuando, por ejemplo, como sucede en el sub iudice, el educador también tiene acumulados tiempos cotizados como contratista y aportados a otra administradora como lo era el entonces ISS (hoy Colpensiones). [...] encuentra la Sala que para los casos de docentes con acumulación de aportes al ISS al igual que al FNPSM (...) la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación relativa al régimen pensional aplicable a tales servidores, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, sería la Ley 71 de 1988. Esta última para permitir el cómputo de los tiempos cotizados ante la actual Administradora Colombiana de Pensiones y a la vez al aludido fondo, esto a fin de acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación. [...] el señor (...) en su calidad de docente oficial afiliado al FNPSM, con acumulación de aportes al ISS como contratista y al referido fondo como docente oficial con vinculación legal y reglamentaria, y además, con el ejercicio comprobado de dicha actividad como educador antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, acreditó los requisitos y condiciones para que le sea reconocida una pensión de jubilación ordinaria con base en los preceptos de la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994, efectiva desde la fecha de adquisición del estatus jurídico respectivo y liquidada en un monto equivalente al 75% del IBL calculado con el promedio de la asignación básica y las horas extras devengadas durante el año anterior a la referida consolidación prestacional, es decir, del 3 de abril de 2012 al 3 de abril de 2013. [...] la falta de reconocimiento pensional a favor de la parte activa se encuentra injustificada, pues se demostró con base en la argumentación precedente que aquel reunió y acreditó con suficiencia los requisitos consagrados en la Ley 71 de 1988 a fin de obtener el derecho a percibir una pensión de jubilación, pues acumuló más de 20 años de cotizaciones derivadas de servicios prestados tanto en calidad de contratista como de docente con una relación legal y reglamentaria vigente, y además, cumplió 60 años de edad así como se evidenció en el cuadro precedente. [...] no es procedente la inclusión de todos los emolumentos percibidos por aquel en ese mismo período como lo depreca en la demanda, pues conforme a la línea interpretativa de cierre referida, solo pueden computarse los factores sobre los cuales el docente hubiese realizado aportes y que estuviesen enlistados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985. En este caso como se analizó, solo corresponde incluir la asignación básica y las horas extras, no así las primas de navidad y de vacaciones. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de diecinueve \(19\) de enero de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. William Hernández Gómez, radicación: 15001-23-33-000-2019-00103-01 \(3083-2022\)](#)

## **2. Tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el cónyuge supérstite o compañero**

**permanente, en el evento que el causante no acredite 26 semanas de cotización en el año anterior a su fallecimiento, ni cuente con cincuenta semanas cotizadas en los 3 años anteriores al momento de su muerte, como lo exige el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, cuando se acredita un número elevado de cotizaciones, como en el caso sub-judice donde se realizaron aportes por 1173 semanas, pues de ello no se deriva la vulneración de la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones.**

*Síntesis del caso: Colpensiones reconoció la pensión de sobrevivientes al cónyuge o compañero del causante, quien posteriormente solicitó el reajuste pensional el cual fue negado, y en su lugar, el ente previsional requirió la autorización del beneficiario para revocar el acto de reconocimiento, por considerar que la causante no cumplía los requisitos de ley para ser beneficiaria del régimen de transición pensional.*

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA / PROCEDENCIA DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / COTIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / APLICACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL/ RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE AL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES AL COMPAÑERO PERMANENTE**

*Problema jurídico: ¿Es procedente negar la pensión de sobrevivientes al cónyuge o compañero permanente cuando la cotizante, al momento de su fallecimiento no acreditó 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjo la muerte, como tampoco 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a su deceso, a pesar de acreditar 1173 semanas cotizadas durante su vida laboral en el régimen de prima media con prestación definida?*

**Tesis:** “ [...] Efectivamente, se tiene que de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 reformado por la Ley 797 de 2003, normatividad cuya aplicación pretende la parte demandante, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiese cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. [...] Se encuentra probado dentro del expediente que la señora (...) cotizó para el sector público en la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom desde el año 1985 hasta 2006 donde laboró como mecanógrafa, telefonista nacional y auxiliar administrativo VI, para un total de 1.173 semanas. [...] Según el resumen de semanas cotizadas en pensiones expedida por Colpensiones, la afiliada (...) acredita un total de 1173 de semanas cotizadas de las cuales las certificadas ante Telecom y Telecom en liquidación se reportan desde el 29 de agosto de 1985 hasta el 31 de enero de 2006, excepto el periodo del 15 de mayo de 2004 al 31 de mayo de 2004 que figura cotización con la cooperativa de trabajo asociado PROCOL. [...] Para efecto del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes asegura la decisión

de primera instancia impugnada que la afiliada señora no alcanzó los beneficios de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que es aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, así mismo resalta que en su vigencia logró alcanzar las 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo. Agrega que la Ley 797 entró a regir el 29 de enero de 2003, y a enero 30 de 2006 había logrado 1173 semanas cotizadas (52 semanas de cotización por cada año de servicios), las que fueron aceptadas por la entidad demandante en el auto de pruebas APG NR 1123 de 15 de febrero de 2017, quedando pendiente por la afiliada reunir el requisito de edad para alcanzar la pensión de vejez. [...] La Ley 100 de 1993 creó el sistema general de pensiones cuyo propósito era unificar los requisitos para reconocer dicha prestación social a todos los habitantes del territorio nacional por medio de dos regímenes, esto es: (i) En el régimen solidario de prima media con prestación definida los aportes de los afiliados van a un fondo común de naturaleza pública y la ley previamente define el monto pensional. Los requisitos para obtener este derecho en este régimen son los establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 así: (a) tener 55 años de edad si es mujer o 60 si es hombre y a partir del año 2014, 57 y 62 respectivamente y; (b) acreditar mínimo 1000 semanas cotizadas, las cuales aumentaron a partir del 1.º de enero de 2005 en 50 y de ahí en adelante hasta el año 2015 en 25 cada año para un total de 1300 semanas. [...] La afiliada para el año 2005 contaba con más de 1050 semanas de cotización para pensión en el sector público y privado, por lo que su expectativa legítima de adquirir el derecho se consolidó con las semanas que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 contempló como mínimas para el año 2005, esto es 1050 semanas, por lo cual solo le restaba por cumplir el requisito de la edad. [...] En el caso estudiado si bien la afiliada no cumplió con el requisito de las 50 semanas cotizadas al sistema antes del fallecimiento, si acreditó la cotización de más de mil semanas, las cuales aseguran el funcionamiento del sistema integral de seguridad social y no constituye un desmedro de este. Conforme a lo manifestado a pesar de que no se encuentra acreditado el requisito exigido por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, es decir que la causante hubiera cotizado ante el respectivo fondo de pensiones un mínimo de 50 semanas durante los 3 años anteriores a su fallecimiento, es evidente que para evitar un tratamiento injusto a la parte actora, como sucede en el presente caso debido a que su compañera permanente fallece sin haber cotizado en los últimos años, se le debe reconocer la pensión de sobrevivientes, toda vez que se acreditó un número elevado de semanas cotizadas por la causante, esto es de 1173 semanas tanto en el sector privado como público, por razones de prevalencia del derecho sustancial y para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social del demandado. Dentro del sub-judice no es válido el argumento de la entidad actora relacionado con la vulneración de la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, cuando se encuentra plenamente establecido que la afiliada (...) cotiza al referido sistema por espacio de 1173 semanas durante toda su vida laboral, por lo que mal podría negarse a su beneficiario el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de octubre de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación 630001-23-33 -000-2018-00154-01 \(6614-2019\)](#)

**3. No solicitar oportunamente por parte del miembro de la Fuerza Pública el examen médico de retiro, no justifica que la Administración omita su práctica y proceda convocar a la Junta Médica Laboral frente a un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez, pero exonera de la prestación de los tratamientos médicos que se deriven del examen de la capacidad psicofísica, en la medida que no permita establecer su relación con el servicio.**

*Síntesis del caso: Un Sargento Segundo del Ejército Nacional fue retirado del servicio el 16 de mayo de 1994, después de más de 13 años de servicios. Posteriormente, el 21 de abril de 2015, solicitó la práctica del examen médico de retiro y de los tratamientos que se deriven del examen*

*de la capacidad sicofísica, así como la correspondiente Junta Médica Militar para evaluar su eventual derecho a una pensión de invalidez. Petición que fue negada por la Dirección de Sanidad del Ejército, por considerar que el plazo de 30 días para su práctica, contado desde la fecha de retiro, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 8 del Decreto 094 de 1989, se encontraba superado, razón por la cual se configuró su prescripción.*

**RÉGIMEN DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES/ EXAMEN MÉDICO /EXAMEN MÉDICO DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES /CAPACIDAD PSICOFÍSICA / JUNTA MÉDICA LABORAL DE LA FUERZA PÚBLICA / VALORACIÓN DE LA JUNTA MÉDICA LABORAL MILITAR / TRATAMIENTO MÉDICO / PRESTACIONES SOCIALES / RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES/PENSIÓN DE INVALIDEZ**

**Problema jurídico:** *¿Al Sargento Segundo le asiste el derecho a que se le practiquen los exámenes por retiro del servicio activo del Ejército Nacional, para establecer si tuvo alguna discapacidad que amerite el pago de prestaciones que de esto se deriven, a pesar de que la solicitud para su práctica la presentó 21 años después del retiro del servicio?*

**Tesis:** Las normas anteriores fueron derogadas [ artículo 8º, 21ª 25 ,34 del Decreto 94 de 1989 y 166 del Decreto 1211 de 1990] por el Decreto 1796 de 2000, que en relación con los exámenes de retiro de los miembros de la fuerza pública, determina: Artículo 4. Exámenes de capacidad sicofísica. Los exámenes médicos y paraclínicos de capacidad sicofísica se realizarán en los siguientes eventos: Artículo 8. Exámenes para retiro. El examen para retiro tiene carácter definitivo para todos los efectos legales; por tanto, debe practicarse dentro de los dos (2) meses siguientes al acto administrativo que produce la novedad, siendo de carácter obligatorio en todos los casos. Cuando sin causa justificada el retirado no se presentare dentro de tal término, dicho examen se practicará en los Establecimientos de Sanidad Militar o de Policía por cuenta del interesado. Los exámenes médico-laborales y tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro, así como la correspondiente Junta Médico-Laboral Militar o de Policía, deben observar completa continuidad desde su comienzo hasta su terminación. Para la Sala, que el demandante no haya solicitado oportunamente el examen de retiro con el objeto de valorar su estado de salud al momento del desacuartelamiento no justifica que la Administración omitiera su práctica, pues este «[...] resulta indispensable para clarificar toda futura relación que la institución pueda tener con el personal que se desvincula, a partir de lo cual se ha considerado que la omisión del mismo impide la prescripción de los derechos que tiene la persona que prestaba el servicio militar con la fuerza pública»[sentencia T-875 de 2012.] (...)Con fundamento en lo anterior, resulta necesario ordenar al Ejército Nacional la práctica del referido examen al accionante.(...) Por otra parte, en lo que atañe a una valoración por la junta médico-laboral militar, el accionante tampoco acreditó haber acudido oportunamente ante el señor director de sanidad del Ejército Nacional para obtenerla; sin embargo, la autoridad de sanidad debe valorar la situación del interesado, y corresponde a este agotar los mecanismos que para el efecto le concede el ordenamiento jurídico. En todo caso, ello tampoco es óbice para que una vez se surta el examen de retiro a que se aludió en el acápite anterior, se convoque a la respectiva junta si hay lugar a ello; porque, además de esa valoración, podría surgir un derecho pensional de invalidez, cuya naturaleza es imprescriptible(...)el sistema de salud de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, de manera independiente al sistema general de seguridad social en salud, tiene la obligación de atender a aquellos uniformados desacuartelados que padezcan una enfermedad o dolencia adquirida durante su incorporación, que ponga en riesgo su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas. De conformidad con la referida jurisprudencia, se reconoce el derecho a la asistencia médica de manera excepcional a aquellos militares y policías retirados que deben tratar las enfermedades y dolencias adquiridas con ocasión de la prestación del servicio, hasta cuando sean totalmente rehabilitados y como la lesión permanece en el tiempo, no es procedente aplicar el término de preclusión dispuesto en su momento por el artículo 8º del Decreto 94 de 1989 ni algún plazo de prescripción. No obstante, el Tribunal acierta al abstenerse de ordenar que «se le realicen los tratamientos que se deriven del examen de capacidad sicofísica para retiro al demandante», en la medida en que no puede determinarse que devienen del ejercicio profesional ni se acredita que tuvieron relación con este; aspectos que eventualmente deben ser reconocidos, previo examen de retiro y/o dictamen de la respectiva junta o del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía. Sin más consideraciones y a partir una sana hermenéutica jurídica, la Sala arriba a la convicción de que se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo acusado, por tanto, se confirmará la sentencia apelada.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto la obligación de practicar el examen médico de retiro a los miembros de la fuerza pública al momento de su desvinculación del servicio, ver: Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 17 de septiembre de 2015, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, acción de tutela (impugnación) 05001-23-33-000-2015-01242-01.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 19 de enero de 2023, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 05001-23-33 -000-2016-00408-01 \(2788-2022\)](#)

## **4. La tipicidad en materia disciplinaria ha de estar adecuadamente comprobada, so pena de afectar el acto administrativo sancionatorio disciplinario de falsa motivación, así como también, de incurrir en el desconocimiento del principio de presunción de inocencia.**

*Síntesis del caso:* La Administración Temporal para el Sector Educativo del Departamento del Chocó, por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que determinó la nulidad de las decisiones disciplinarias con base en las cuales se destituyó a una docente oficial, del mismo modo y a título de restablecimiento del derecho, ordenó su reintegro, el reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de devengar durante el período de 24 meses, previo el descuento de los aportes de seguridad social.

**PROCESO DISCIPLINARIO / CONTROL JUDICIAL DEL PROCESO DISCIPLINARIO / FALSA MOTIVACIÓN / CONFIGURACIÓN DE LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA REPROCHADA**

*Problema jurídico:* «¿El operador disciplinario incurrió en falsa motivación al momento de proferir los fallos sancionatorios, comoquiera que no tuvo en cuenta que el acto administrativo de traslado no había cobrado firmeza y, por lo tanto, el disciplinado no incurrió en la falta gravísima que le fue endilgada por abandono injustificado del cargo?»

*Tesis:* «[...] la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de unificación, dejó sentado que el control de legalidad de actos de carácter sancionatorio como los proferidos en el marco de una actuación disciplinaria, conlleva, entre otras cosas, el estudio encaminado a verificar que dentro del trámite correspondiente se hubieran observado las garantías constitucionales que le asisten al sujeto disciplinado y, en general, comporta un control judicial integral. [...] Uno de los elementos que determina la existencia y validez del acto administrativo, es el causal, el cual está constituido por los fundamentos de hecho y de derecho que llevan a declarar la voluntad de la administración. Se refiere, entonces, a las causas, motivos o circunstancias y antecedentes que determinan la decisión de aquélla. [...] cuando los antecedentes fácticos y legales que expone la administración al momento de dictar su decisión son contrarios a la realidad, se genera una afectación del elemento causal del acto administrativo y se incurre, entonces, en una de las causales de nulidad establecidas en el artículo 137 del CPACA, denominada falsa motivación, que se configura cuando «el funcionario ha expedido el acto inspirado en motivos diferentes a los previstos legalmente». [...] a quien alega la existencia de esta causal de nulidad, le corresponde demostrarla, en tanto que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, de conformidad con las nítidas voces del artículo 88 del CPACA. [...] la demandante sostiene que se incurrió en atipicidad de la conducta toda vez que el abandono injustificado del cargo no se configuró, porque el periodo de tiempo que se tuvo en cuenta para justificar dicha inasistencia, obedeció a que el acto administrativo de traslado no había quedado en firme, en tanto que contra éste interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto al momento de darse apertura a la investigación disciplinaria en su contra. [...] El artículo 4 de la Ley 734 de 2002, dispone que

«el servidor público y el particular en los casos previstos en este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización», siendo esta la consagración legal que impone la realización de un proceso de subsunción típica en cada proceso disciplinario, que implica que el operador determine expresamente en cada caso si el comportamiento investigado, según como haya sido demostrado, se adecua efectivamente a la descripción típica establecida en la ley que se va a aplicar. [...] En el sub examine al momento de la formulación de los cargos a la señora (...) en su condición de docente, el Grupo de Trabajo de la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la Secretaría de Educación del Departamento del Chocó – Administración Temporal consideró que, del material probatorio obrante dentro del expediente, era dable imputarle la falta gravísima contenida en el artículo 48 numeral 55 de la Ley 734 de 2002, que prevé «el abandono injustificado del cargo, función o servicio». Al respecto, se sostuvo que la investigada no se presentó a laborar a la Institución Educativa Agrícola Julio Mejía Vélez Municipio de Alto Baudó Pie de Pato, desde el 29 de marzo de 2012 hasta el 19 de abril del mismo año, fecha en que fue reportada por el rector de dicha institución. [...] Al observar la Resolución N.º 1788 de 13 de marzo de 2012, a través de la cual el administrador temporal para el Sector Educativo del Departamento del Chocó ordenó trasladar, por necesidad del servicio, a la docente (...) encuentra la Sala que, en dicho acto, además, se señaló que «contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno». Al respecto, si bien las autoridades administrativas actúan bajo un margen de discrecionalidad para emitir sus decisiones, considera la Sala que resulta violatorio del derecho fundamental al debido proceso negarle la posibilidad a la interesada de expresar las razones por las cuales no está de acuerdo con dicha orden, pues, como se mencionó, el traslado debe observar razones no solo objetivas, como las condiciones del cargo, grado salarial, nivel jerárquico, entre otras, sino también de carácter subjetivo, como son los aspectos de índole personal y familiar del trabajador, lo anterior, en atención a que la facultad legal de la cual dispone la administración para efectuar el traslado de un funcionario no es absoluta, por cuanto debe respetar derechos fundamentales. [...] Cabe resaltar que la entidad demandada en momento alguno le rechazó dicho recurso, sino al contrario, se lo resolvió a través de la Resolución N.º 2451 de 3 de mayo de 2012, bajo el encabezado de «resuelve solicitud de revocatoria directa», confirmando las razones expuestas en el acto que ordenó el traslado. Es decir, la administración al dar respuesta al recurso interpuesto, convalidó la actuación de la parte actora, por lo que fue a partir de la notificación de dicho acto administrativo, esto es, el 7 de mayo de 2012, que la decisión de traslado quedó en firme. Esto, teniendo en cuenta que el artículo 62 del CCA, prevé, en cuanto a la firmeza de los actos administrativos, lo siguiente: ARTÍCULO 62. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso. 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. 3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos. 4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos. Así las cosas, una vez en firme el acto administrativo de traslado, es decir, adquirida la fuerza ejecutoria, éste comenzó a producir efectos jurídicos y se convirtió en obligatorio para la administrada, a partir del 7 de mayo de 2012. [...] el argumento expuesto en el pliego de cargos por parte de la entidad demandada, relacionado con un abandono injustificado del cargo desde el 29 de marzo al 19 de abril de 2012, no tiene vocación de prosperidad, por cuanto para dicho momento la conducta no se había configurado, pues, fue desde el 7 de mayo de ese año, que la Administración Temporal debía analizar si la señora (...) había incurrido en la falta gravísima referida, ya que fue a partir de esta fecha, se reitera, que el acto administrativo de traslado quedó en firme. En ese orden de ideas, considera la Sala que la entidad demandada incurrió en falsa motivación y vulneró el derecho al debido proceso de la parte actora por atipicidad de la falta, en atención a que la conducta realizada por la señora (...) no se enmarca de manera alguna dentro de los supuestos típicos de la falta disciplinaria que le fue endilgada, toda vez que no se acreditó el abandono injustificado del cargo durante el lapso establecido por el operador disciplinario. Aunado a ello, la Administración Temporal de la Educación del Departamento del Chocó vulneró el principio de presunción de inocencia, el cual además de estar regulado en el Código Único Disciplinario, encuentra pleno reconocimiento en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. «En consonancia con esta garantía constitucional y en atención a que el debido proceso también se predica de las actuaciones adelantadas por autoridades administrativas, el legislador dispuso su aplicación en materia disciplinaria y así lo consagró en el artículo 9 del CDU, de manera que sólo es posible declarar la responsabilidad del sujeto disciplinable cuando se tenga certeza absoluta de que incurrió, a título de dolo o culpa, en una conducta tipificada como falta disciplinaria. Por esto el artículo 142 del mismo estatuto señala que no podrá dictarse fallo sancionatorio sin que exista la certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado.» Lo anterior, en tanto que para sancionar a una persona en materia disciplinaria no debe existir duda alguna, sino la certeza en su comisión, y la contundencia de la prueba que se pretende hacer valer en la configuración de los elementos típicos constitutivos de la falta, dadas las consecuencias que se

desprenden de la imputación de esta norma y lo que implica en la vida laboral de un servidor. [...] este principio, tanto constitucional como legal, se desconoce cuándo se impone una sanción y: i) la conducta no es considerada en la Ley como una falta disciplinaria; ii) no se encuentra acreditada probatoriamente; o iii) no fue cometida por el investigado. [...] En el asunto sometido a consideración, como se mencionó, no se acreditó por el juzgador disciplinario, siendo esta su obligación en consideración a lo consagrado en el artículo 128 de la Ley 734 de 2002, que la señora (...) hubiera incurrido en la falta gravísima imputada, circunstancia que hace que se haya incurrido en atipicidad de la conducta vulnerando con ello el derecho al debido proceso y el principio de presunción de inocencia. Finalmente, pese a que es dable confirmar la sentencia de primera instancia, se hará por las razones expuestas, esto es, por la configuración de la atipicidad de la conducta endilgada. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de dos \(02\) de febrero de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 27001-23-33-000-2016-00025-01 \(1131-2019\)](#)

# SECCIÓN TERCERA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Se declara el incumplimiento de un contrato de obra pública y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria con cargo a la póliza de cumplimiento, por la inobservancia de la obligación del contratista de presentar todos los documentos requeridos para adelantar el cierre ambiental del contrato.

*Síntesis del caso: "Las partes celebraron un contrato de obra, una vez culminado el plazo de ejecución el contratista no presentó todos los documentos requeridos para adelantar el cierre ambiental. La entidad contratante pretende la declaratoria de incumplimiento y que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria con cargo a la póliza que ampara el contrato."*

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / DOCUMENTO / DEBERES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DE PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / SANCIÓN ADMINISTRATIVA / PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / SANCIÓN AMBIENTAL / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PROSPERIDAD PARCIAL DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CIERRE DEL CONTRATO / CIERRE AMBIENTAL DEL CONTRATO

*Problema jurídico 1: ¿Debe declararse el incumplimiento de las obligaciones del contratista, al no presentar todos los documentos requeridos para adelantar el cierre ambiental del contrato de obra?*

Tesis 1: "[L]as partes celebraron un contrato de obra, una vez culminado el plazo de ejecución el contratista no presentó todos los documentos requeridos para adelantar el cierre ambiental. La entidad contratante pretende la declaratoria de incumplimiento y que se haga efectiva la cláusula penal pecuniaria con cargo a la póliza que ampara el contrato. (...) La parte demandada asegura que no hubo incumplimiento contractual porque entregó toda la documentación necesaria, pero, la interventoría no cumplió con sus cargas para poder hacer el cierre ambiental. (...) De conformidad con el numeral 26.9 del pliego de condiciones (...) el contratista estaba obligado a entregar para poder hacer el cierre ambiental del contrato, entre otras muchas cosas, una "certificación [de que] no se ha iniciado proceso administrativo alguno por incumplimiento de obligaciones ambientales" (...) expedida por la respectiva autoridad ambiental. En un principio, el contratista contaba con la correspondiente certificación pues, Corpoboyacá afirmó el 10 de junio de 2016 que el contratista no registraba ningún trámite en su contra por irregularidades ambientales; no obstante, el 26 de julio siguiente la misma autoridad ambiental corrigió su afirmación y precisó que el consorcio empleó una fuente hídrica sin el correspondiente permiso, circunstancia que a la postre derivó en un procedimiento sancionatorio. En consecuencia, el contratista no entregó la totalidad de los documentos necesarios toda vez que la certificación que en un primer momento obtuvo perdió vigencia, lo cual le impedía poder hacer el cierre ambiental por la infracción que le fue atribuida. (...) Aunque el a quo analizó un punto que no fue propuesto como hecho constitutivo de incumplimiento en la demanda cuando precisó que el contratista "si bien realizó la solicitud correspondiente para obtener el permiso de concesión de agua, este nunca fue aprobado por la autoridad ambiental competente, y como consecuencia de esto no podía iniciar la ejecución del contrato" (...), lo cierto es que esa imprecisión no varía la razón principal que tuvo para declarar el incumplimiento, esto es, que el consorcio no hizo el cierre ambiental al que estaba obligado."

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / EJECUCIÓN DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA / PRUEBA DE LOS PERJUICIOS / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DE LOS PERJUICIOS / RIESGO CONTRACTUAL / NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS DEL RIESGO ASEGURABLE / CAMBIOS DEL RIESGO ASEGURABLE / EXIGIBILIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / OBJECCIÓN AL COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO**

*Problema jurídico 2: ¿Resulta procedente hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria con cargo a la póliza que ampara el contrato de obra, por el incumplimiento de las obligaciones del contratista, sin que se acredite la afectación patrimonial del contratante o sin que se informe la prolongada infracción al contrato?*

**Tesis 2:** “La aseguradora sostuvo que la póliza no era fuente de enriquecimiento, en consecuencia, no debió hacerse efectiva porque la entidad contratante ninguna afectación patrimonial sufrió. En el presente asunto no se requería acreditar las consecuencias del incumplimiento en el patrimonio de la entidad contratante, por cuanto la cláusula penal pecuniaria se pactó como estimación anticipada de perjuicios lo cual exime al interesado de probar el punto (...). Adicionalmente, la compañía aseguradora alegó que la entidad no informó la agravación del riesgo amparado que se presentó cuando el incumplimiento se tornó permanente, con lo cual desconoció el artículo 1060 del Código de Comercio (...). La citada norma obliga al asegurado a informar los acontecimientos imprevisibles que aumenten la intensidad o la probabilidad de ocurrencia del siniestro, para que la aseguradora conozca que variaron las condiciones existentes al momento de contratar y decida si continua o no con el amparo; sin embargo, el escenario puesto a consideración por la aseguradora no se relaciona con la agravación del riesgo asegurado. En efecto, el hecho de que la entidad conociera el incumplimiento del contrato y que este se extendiera en el tiempo no es, desde ningún punto de vista, un hecho imprevisible que variara la magnitud del riesgo o que aumentara la probabilidad de que ocurriera, por el contrario, la prolongada infracción al contrato es el acaecimiento del riesgo amparado, circunstancia que obliga al asegurado a comunicar la ocurrencia del siniestro y no la agravación del riesgo, por lo tanto, la entidad contratante no desatendió su deber de informar a la aseguradora.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la prueba de la afectación patrimonial para el cobro de la cláusula penal, consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 23 de mayo de 1996, Exp. 4607, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / GRADUACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN INDIVISIBLE / REDUCCIÓN DE LA PENA / PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DE PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / MONTO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / OBJECCIÓN AL COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / CIERRE DEL CONTRATO / CIERRE AMBIENTAL DEL CONTRATO**

*Problema jurídico 3: ¿Resulta procedente la graduación del monto de la cláusula penal pecuniaria por el cumplimiento proporcional de las obligaciones a cargo del contratista, cuando se observa que la posibilidad de exigir dicha rebaja solo quedó regulada respecto del cumplimiento parcial de las obras, pero no en lo relativo al incumplimiento de la obligación de hacer el cierre ambiental del contrato, que en todo caso constituía una obligación específica que no admitía un cumplimiento parcial?*

**Tesis 3:** "El consorcio echó de menos la falta de graduación del monto de la cláusula penal pecuniaria por el cumplimiento proporcional de las obligaciones a su cargo, para hacer ese ejercicio debe considerarse, en primer lugar, la forma como esta se pactó (...). En consecuencia, lo pactado solo permite reducir el monto de la cláusula penal cuando el incumplimiento estuviera relacionado con las obras pues, en caso de avance parcial se disminuiría su valor; no obstante, para el resto de las obligaciones no se previó ninguna posibilidad de ajuste. En efecto, en el contrato se acordó que la estimación anticipada de los perjuicios contenida en la cláusula penal se haría exigible ante cualquier incumplimiento y únicamente podría graduarse su valor por faltas relacionadas con la ejecución de la obra pública objeto del contrato. Por lo cual en este caso procede su aplicación por el incumplimiento de la obligación de hacer el cierre ambiental sin lugar a graduar el monto de la cláusula penal porque, en los términos del artículo 1596 del Código Civil en línea con lo acordado por las partes, la posibilidad de exigir dicha rebaja solo quedó regulada respecto del cumplimiento parcial de las obras. (...) En similares términos, el artículo 867 del Código de Comercio también estipula la posibilidad de reducir equitativamente la pena por el incumplimiento (...). En consecuencia, el monto de la cláusula penal pecuniaria no puede disminuirse porque, de un lado, el deber de realizar el cierre ambiental no era una obligación divisible que pudiera cumplirse parcialmente y que permitiera una reducción proporcional teniendo en cuenta la parte o el porcentaje cumplido y aceptado por el contratante, se trataba de una obligación específica que no admitía un cumplimiento parcial, de otro, aunque la obligación fuera divisible la estipulación contractual pactada no permitía la pretendida aplicación proporcional del monto de la cláusula penal pecuniaria respecto de la obligación incumplida, relativa al cierre ambiental, a diferencia de la ejecución parcial de la obra, caso en el cual sí se pactó la reducción teniendo en cuenta el porcentaje de avance."

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / MONTO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / OBJECCIÓN AL COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / INDEXACIÓN / CONCEPTO DE INDEXACIÓN / INDEXACIÓN DE LA CONDENA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA INDEXACIÓN / PROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN / RECONOCIMIENTO DE LA INDEXACIÓN / PRINCIPIO DE EQUIDAD / INTERÉS MORATORIO / COBRO DEL INTERÉS MORATORIO / IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO / IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE INTERÉS MORATORIO / CAUSACIÓN DEL INTERÉS MORATORIO / NORMATIVIDAD DEL INTERÉS MORATORIO / NATURALEZA DEL INTERÉS MORATORIO**

**Problema jurídico 4:** *¿La condena de primera instancia impuesta por el incumplimiento del contrato de obra, sobrepasó los límites de la póliza de cumplimiento, al incluir la indexación del monto adeudado y los intereses moratorios causados?*

**Tesis 4:** "La aseguradora puso de presente que la condena (\$588.805.179) excedió el valor asegurado (\$440.555.767) y por ello solicitó su disminución hasta la cobertura pactada; empero, en realidad la condena no sobrepasó los límites de la póliza, solo que incluyó la indexación del monto adeudado y los intereses moratorios causados, aunque, sí es cierto que solo el primer concepto puede aplicarse actualmente a la deuda a cargo de la aseguradora. (...) En efecto, se ha indicado que "la indexación sirve como un instrumento equilibrador del fenómeno de la depreciación que sufre la moneda nacional por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, debido a las fluctuaciones del sistema económico del país. El ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que disminuye, en forma continua, el poder adquisitivo del ingreso". (...) Este mecanismo se cimienta en el principio de equidad y propende por mantener una equivalencia monetaria a pesar del paso del tiempo y del impacto de la inflación en el poder adquisitivo del dinero, en consecuencia, el pago del monto asegurado no puede obviar este ejercicio pues, de lo contrario, la aseguradora entregaría menos dinero del que corresponde cuando pague el monto a su cargo. Por lo anterior, se ha concluido que "la indexación no grava ni la condición del asegurador ni favorece la condición del beneficiario, pues con ella se logra, como ya se explicó, la actualización de una suma histórica al momento de señalar la obligación indemnizatoria". (...) En contraste, en materia de seguros los intereses moratorios están supeditados al incumplimiento en el pago por parte de la aseguradora, el cual surge, en el asunto de la referencia, con la presente providencia que impone la obligación de pago a cargo de la compañía de seguros, porque aquí se define la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida (artículo 1077 y 1080 del Código de

Comercio). En consecuencia, la condena no podía incorporar intereses que aún no se han causado pues, de conformidad con lo previsto en las mencionadas disposiciones, la aseguradora solo está obligada a pagar intereses a partir de la ejecutoria de la respectiva providencia condenatoria, por lo tanto, se excluirán los intereses del valor de la condena hecha en la primera instancia. (...) En ese contexto, el valor de la condena, una vez descartados los intereses, se traerá a valor presente (...)."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza de la indexación, consultar providencias de 26 de abril de 2001, Exp. 12917, C.P. María Elena Giraldo Gómez; y de 23 de marzo de 2017, Exp. 2008-00329-01(2284-13), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Acerca de la causación de intereses moratorios, consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 26 de mayo de 2021, Exp. 2009-00171-01, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 26 de enero de 2023; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 15001-23-33-000-2019-00076-01\(67430\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / GRADUACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO / MONTO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO / OBLIGACIÓN INDIVISIBLE / REDUCCIÓN DE LA PENA / CIERRE DEL CONTRATO / CIERRE AMBIENTAL DEL CONTRATO**

*Problema jurídico 1: ¿Resulta procedente la graduación del monto de la cláusula penal pecuniaria por el cumplimiento proporcional de las obligaciones a cargo del contratista, cuando se observa que la posibilidad de exigir dicha rebaja solo quedó regulada respecto del cumplimiento parcial de las obras, pero no en lo relativo al incumplimiento de la obligación de hacer el cierre ambiental del contrato, que en todo caso constituía una obligación específica que no admitía un cumplimiento parcial?*

**Tesis 1:** "La reducción proporcional del monto de la cláusula penal de que trata el artículo 1596 del Código Civil, en concordancia con lo dispuesto en el artículo el artículo 867 del Código de Comercio, es procedente en relación con los incumplimientos alegados y no respecto de los perjuicios. Además, debe atenderse siempre a los términos de la cláusula pactada. En este sentido, comparto que en el proyecto se indique que, de conformidad con el pacto de las partes, la cláusula penal solo podía reducirse tratándose de incumplimientos parciales de la obra. Sin embargo, no procedía su reducción en relación con el incumplimiento de la obligación de realizar el cierre ambiental, pues esta no era divisible y por tanto no admitía cumplimientos parciales."

**SALVAMENTO DE VOTO / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / DEBERES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ESTATAL / SANCIÓN ADMINISTRATIVA / PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / SANCIÓN AMBIENTAL / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO AMBIENTAL / DOCUMENTO / CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO / INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CIERRE DEL CONTRATO / CIERRE AMBIENTAL DEL CONTRATO**

*Problema jurídico 2: ¿Debe declararse el incumplimiento de las obligaciones del contratista, al no presentar todos los documentos requeridos para adelantar el cierre ambiental del contrato de obra?*

Tesis 2: “[C]ontrario a lo afirmado en la sentencia, no está probado el incumplimiento alegado por la entidad respecto del cierre ambiental. (...) Considero que el contratista sí cumplió la obligación pues para la fecha en que se emitió la certificación por parte de las autoridades ambientales - que era lo que literalmente se exigía contractualmente - no le habían iniciado ningún proceso. En el proyecto se indica que “Sin embargo, el 26 de julio de 2016, la autoridad ambiental advirtió que el consorcio utilizó una fuente hídrica sin la correspondiente concesión por lo cual se iniciaría un procedimiento administrativo”. El hecho de que después de expedida la certificación, las autoridades ambientales informaran que se iba a iniciar un procedimiento, no permite considerar que el Contratista incumplió, teniendo en cuenta el contenido de su obligación.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 26 de enero de 2023; A.y S.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 15001-23-33-000-2019-00076-01\(67430\)](#)

## **2. En el cómputo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales no se considera el plazo de dos (2) meses para liquidar unilateralmente el contrato, al observarse que la entidad contratante no está facultada ni legal ni contractualmente para realizar dicha liquidación.**

*Síntesis del caso: “Las partes celebraron un contrato interadministrativo de interventoría y cada una asegura, en su respectiva demanda, que su contraparte incumplió lo pactado; sin embargo, promovieron sus demandas cuando ya había operado la caducidad del medio de control jurisdiccional.”*

EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / LEY APLICABLE AL CONTRATO / ACCIÓN DE SIMULACIÓN DE UN CONTRATO / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN

*Problema jurídico 1: ¿Los contratos celebrados por la entidad contratante, esto es, Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP, están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública?*

Tesis 1: “La entidad contratante –Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP– es una empresa de servicios públicos y de acuerdo con lo estipulado en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 los contratos celebrados por esta no están sujetos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen aplicable a los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, consultar providencias de 23 de septiembre de 1997, Exp. S-701, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; y de la Corte Constitucional, sentencia C-066 de 11 de febrero de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE LA

**LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE COMPETENCIA DE LA ENTIDAD ESTATAL / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / INTERVENTORÍA / CONTRATO DE INTERVENTORÍA / CONFIGURACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / DECLARACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / PROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / TÉRMINO PARA LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / PLAZO PARA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / SUPUESTOS DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / DECLARACIÓN OFICIOSA DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES / FACULTAD OFICIOSA DEL JUEZ / PODER OFICIOSO DEL JUEZ / EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL**

*Problema jurídico 2: ¿Caducó el medio de control de controversias contractuales en el caso sub lite, considerando que, el contrato requería ser liquidado, esta no se logró y la entidad no estaba facultada para realizar una liquidación unilateral, por lo que el término de caducidad no iniciaba 2 meses después de vencido el plazo convenido para la liquidación bilateral, sin que dicha conclusión varíe por el trámite conciliatorio que adelantó la universidad?*

**Tesis 2:** “[S]e encuentra que en relación con el plazo se fijó como “fecha de terminación el día treinta (30) de abril de 2013” (cláusula segunda (...)). Las partes acordaron la liquidación bilateral dentro los cuatro (4) meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución (cláusula décima primera (...)), por ende, este término corrió entre el 1º de mayo y el 1º de septiembre de 2013, término luego del cual las partes nada más acordaron por lo cual, desde ese momento, inició la posibilidad de acudir a la jurisdicción y con ello el cómputo de la caducidad de las eventuales pretensiones pues, no se considera el plazo de dos (2) meses, porque la entidad contratante “no estaba facultada ni legal ni contractualmente para liquidar unilateralmente el negocio jurídico”. (...) Por consiguiente, de conformidad con el artículo 164 (numeral 2, literal j) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) las partes podían pretender el incumplimiento, la liquidación judicial y demás declaraciones y condenas, a más tardar, al cabo de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar, esto es, hasta el 2 de septiembre de 2015; no obstante, Empresas Públicas de Cundinamarca SA ESP presentó su demanda (...) y la Universidad Nacional de Colombia (...), cuando ya había operado la caducidad. (...) La anterior conclusión no varía por el trámite conciliatorio que adelantó la universidad, porque lo inició el 19 de octubre de 2015 (...), es decir, cuando ya había operado la caducidad, vale aclarar que la prestadora – como entidad pública – indicó en su demanda (...) que optó por no intentar la conciliación con fundamento en lo previsto en el artículo 613 del Código General del Proceso (CGP). (...) Así las cosas, se revocará la sentencia impugnada para en su lugar declarar de oficio la caducidad frente a todas las pretensiones promovidas por ambas entidades en sus respectivas demandas.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el cómputo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales cuando la entidad contratante no cuenta con la facultad para liquidar unilateralmente el contrato, consultar providencia de 14 de septiembre de 2022, Exp. 66875, C.P. Alberto Montaña Plata.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 26 de enero de 2023; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 25000-23-36-000-2015-02490-01\(60325\)](#)

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

**SALVAMENTO DE VOTO / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO**

ESTATAL / PLAZO PARA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / TÉRMINO PARA LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA / CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / INTERVENTORÍA / CONTRATO DE INTERVENTORÍA / PROCEDENCIA DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / SUPUESTOS DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / RÉGIMEN LEGAL DE LA LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / INEXISTENCIA DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / IMPROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL

*Problema jurídico 1: ¿Las demandas presentadas por Empresas Públicas de Cundinamarca y la Universidad Nacional de Colombia lo fueron oportunamente, considerando que para el cómputo del término de caducidad del medio de control de controversias contractuales, además del término para liquidar bilateralmente el contrato, se debía tener en cuenta el término de liquidación unilateral, conforme a lo reseñado en el quinto supuesto del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA?*

**Tesis 1:** “[S]egún mi entendimiento del quinto supuesto del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, considero que las demandas presentadas por EPC y la Universidad Nacional de Colombia lo fueron oportunamente. En el caso sometido a consideración de la Sala, al conteo del término de caducidad de 2 años para el ejercicio oportuno del medio de control de controversias contractuales resultaba aplicable el quinto supuesto del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, en la medida en que el contrato interadministrativo de interventoría No. EPC-I-088 de 2010 requería ser liquidado –según fue acordado por las partes en la cláusula undécima del negocio jurídico–, y la liquidación “no se logr[ó] por mutuo acuerdo” ni “se practi[có] por la administración unilateralmente”. (...) En mi entender, ante este supuesto de caducidad del medio de control de controversias contractuales, lo primero que debe establecerse es el “plazo convenido” para liquidar bilateralmente el contrato. Establecido el “plazo convenido” para liquidar bilateralmente el contrato, a este último debe sumarse un “término de dos (2) meses contados a partir de [su] vencimiento”, término este que siempre debe ser tenido en cuenta con independencia del régimen jurídico del contrato y de la posibilidad o no de la entidad pública de liquidarlo unilateralmente. Finalmente, solo “una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para [liquidar el contrato] bilateralmente” puede contarse el término de caducidad de 2 años para el ejercicio oportuno del medio de control de controversias contractuales. De haberse efectuado el conteo de caducidad con fundamento en la anterior lectura del quinto supuesto del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, se habría concluido que la EPC y la Universidad Nacional de Colombia promovieron oportunamente sus respectivas demandas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 26 de enero de 2023; S.V. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-23-36-000-2015-02490-01\(60325\)](#)

### **3. Se condena a Cedelca S.A. por la omisión en el cumplimiento de una orden judicial de secuestro y retención de dineros que le correspondían a la demandante, en la partición realizada en un proceso de liquidación de sociedad patrimonial.**

**Síntesis del caso:** “Se acusa a las entidades demandadas de haber incurrido en falla del servicio por sus omisiones respecto a la orden de secuestro y retención de los dineros que le correspondían al señor (...) por el pago de acreencias laborales, ordenadas por el Juzgado Segundo de Familia a favor de la demandante en un proceso de liquidación de la sociedad patrimonial.”

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA EN LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / LEGITIMACIÓN POR PASIVA / PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES / LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES / SECUESTRO DE BIEN / RETENCIÓN DE DINERO / DAÑO / EMBARGO DE SUMAS DE DINERO / RAMA JUDICIAL / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FUENTE DEL DAÑO / REPARACIÓN DE PERJUICIOS / DECRETO DE MEDIDA CAUTELAR / MEDIDA CAUTELAR / CUMPLIMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR / IMPOSICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR / INCUMPLIMIENTO DE ORDEN JUDICIAL / INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE EMBARGO / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / ARGUMENTO EN EL RECURSO DE APELACIÓN / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA / CEDELCA

*Problema jurídico 1: ¿Las entidades demandadas cuentan con legitimación en la causa por pasiva, al influir en el decreto y/o cumplimiento de la medida cautelar ordenada a favor de la demandante en el proceso de liquidación de sociedad patrimonial, para el secuestro y retención de los dineros que le correspondían al señor demandado, en ese mismo proceso, por concepto de pago de acreencias laborales; lo que no resulta aplicable al mentado señor, a quien no le es atribuible la fuente del daño, al no ser el emisor ni destinatario de la mencionada medida cautelar?*

**Tesis 1:** “Legitimación en la causa. La señora (...) se encuentra legitimada para asumir la parte activa de la litis, en su condición de accionante en el proceso de liquidación de la sociedad patrimonial, en el cual se profirió la orden de secuestro y retención de dineros que se acusa de haber sido incumplida y de haber ocasionado el daño. La empresa Centrales Eléctricas del Cauca -Cedelca S.A. E.S.P.- fue demandada por haber omitido acatar la orden de embargo y retención de dineros dispuesta por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán, con lo cual habría ocasionado el daño que se pretende reparar, por lo que le asiste legitimación para comparecer al proceso. La Rama Judicial fue demandada en este proceso por el presunto funcionamiento defectuoso de la administración de justicia en el que incurrió durante la expedición de los oficios por medio de los cuales el Juzgado Segundo de Familia de Popayán comunicó la medida cautelar decretada en un proceso de familia. Frente a esta entidad, el tribunal de primera instancia declaró que había operado la caducidad de la acción, decisión que se encuentra en firme por cuanto no fue recurrida. La Compañía de Electricidad (...) también fue demandada en este proceso; sin embargo, en la sentencia de primera instancia se declaró su falta de legitimación en la causa por pasiva, y esa decisión se encuentra en firme por cuanto no fue recurrida. Finalmente, se observa que el Tribunal de primera instancia omitió pronunciarse frente a la legitimación del señor (...) aun cuando admitió la demanda en su contra y dicha parte se hizo presente durante el proceso. La Sala declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva del señor (...) toda vez que la fuente del daño por el cual se demanda la reparación de perjuicios no le resulta atribuible, si se tiene en cuenta que no pudo influir en el decreto y/o cumplimiento de la medida cautelar ordenada, pues él no fue el emisor ni destinatario de la misma.”

REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / EXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO / PRUEBA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO / CONCEPTO DE DAÑO / CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO / EXISTENCIA DEL DAÑO / IMPUTACIÓN / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PROCESO

**DE LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES / RETENCIÓN DE DINERO / EMBARGO DE SUMAS DE DINERO / PARTICIÓN / PARTICIÓN DE BIENES / MEDIDA CAUTELAR / DECRETO DE MEDIDA CAUTELAR / CUMPLIMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR / SOLICITUD DE CUMPLIMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR / INVENTARIO / AVALÚO DEL BIEN / HIJUELA / PROCESOS EN EL DERECHO DE FAMILIA / ACREENCIAS LABORALES / PAGO DE LA OBLIGACIÓN / PAGO DE OBLIGACIONES PENDIENTES / RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR / OBLIGACIÓN DEL DEUDOR / DEBER DEL DEUDOR / INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE EMBARGO / INCUMPLIMIENTO DE ORDEN JUDICIAL / CEDELCA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR OMISIÓN ADMINISTRATIVA / OMISIÓN ADMINISTRATIVA / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE OMISIÓN ADMINISTRATIVA / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA DE PRIMERA INSTANCIA / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA / FORMULA DE ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA**

*Problema jurídico 2: ¿Debe condenarse patrimonialmente a Cedelca S.A., por el daño que se causó a la demandante al omitir el cumplimiento de una orden judicial de secuestro y retención, lo que ocasionó la falta de recaudo de la totalidad de los activos que le correspondían en la partición que se realizó en el proceso de liquidación de la sociedad patrimonial, constituyendo un detrimento patrimonial para la misma?*

**Tesis 2:** “Solución del caso concreto. (...) El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado. El avance significativo del sistema implementado, basado en la noción de daño antijurídico, fue haber reivindicado el daño y por consiguiente a la víctima y su función en la institución de la responsabilidad. El daño entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito se convirtió en el eje central de la obligación resarcitoria y, por ende, tanto la atribución como la fundamentación normativa o jurídica del deber de reparar quedaron concentrados en un nuevo elemento que es la imputación. En otros términos, el análisis de la responsabilidad no inicia con el título o régimen jurídico aplicable, sino con la verificación de la existencia del daño entendido como la alteración negativa a un interés lícito o situación jurídicamente protegida, de suerte que sólo al encontrarse acreditado el daño, habrá lugar a efectuar el análisis de imputación (...). [U]na vez revisado el material probatorio (...), observa la Sala que los alegatos presentados por la parte recurrente no están llamados a prosperar, por las siguientes razones: En primer lugar, no es cierto que los dineros embargados por cuenta de las medidas cautelares ordenadas por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán se hubieran puesto a disposición del Juzgado Tercero de Familia de esa ciudad. La misma sociedad accionante, en comunicación de 15 de octubre de 2009 aceptó que no había acatado las órdenes de embargo y secuestro de dineros dispuestas por el Juzgado Segundo de Familia, bajo el argumento de que, en los últimos oficios, no se había especificado el porcentaje a retener (...). El valor de \$26'164.235 que la apelante puso a disposición del Juzgado Tercero de Familia tuvo por fundamento la orden de cautela proferida por esa autoridad judicial dentro de un proceso de fijación de cuota alimentaria seguido en contra del señor (...) y, si bien, parte de esos dineros (\$13'026.713,26) fue remitido al proceso de liquidación de sociedad patrimonial, ello obedeció a la omisión de Cedelca S.A. de haber efectuado, previamente al descuento, la retención del 50% del valor reconocido al trabajador, por constituir un activo de la sociedad patrimonial. De acuerdo con lo expuesto, aunque finalmente se logró el cumplimiento parcial de la medida de embargo y secuestro decretada por el Juzgado Segundo de Familia en la suma de \$13'026.713,26, la omisión por parte de Cedelca S.A. de poner a disposición de ese despacho todo el monto que fue objeto de la medida cautelar, ocasionó un daño a la demandante, en tanto no logró recaudar la totalidad de los activos que le correspondían luego de la labor de partición, quedando un saldo pendiente de \$12'734.484,25, tal como establecieron los jueces que conocieron del proceso de liquidación de la sociedad patrimonial. Ahora, la supuesta garantía de pago de las sumas reconocidas a favor de cada ex compañero permanente en el proceso de liquidación, por cuenta de las demás medidas cautelares decretadas en ese litigio, a la que alude la apelante, tampoco encuentra fundamento, toda vez que revisada la audiencia de inventarios y avalúos realizada el 24 de mayo de 2010 (...), se observa que el apoderado del señor (...) manifestó, expresamente, que su representado había retirado el dinero que le consignó Cedelca S.A., por concepto de indemnización, el mismo día en el que lo recibió, y lo ingresó a la cuenta que tenía en el fondo de cesantías (...); luego, es claro que el dinero no se encontraba en la cuenta de nómina que había sido materia de la medida cautelar. En cuanto a la supuesta ajenidad de la condena impuesta en primera instancia y la omisión de Cedelca S.A., por tratarse de dineros establecidos de “mutuo acuerdo” entre las partes del

proceso de liquidación de la sociedad patrimonial, y que la recurrente no tuvo oportunidad de controvertir, observa la Sala que dicho alegato, además de impreciso, no desvirtúa el daño padecido por la accionante, en consideración a lo siguiente. La labor de partición (...) efectuada por perito en el proceso de liquidación de sociedad patrimonial no obedeció a un acuerdo o consenso entre las partes en ese litigio; por el contrario, fue el resultado del análisis del inventario realizado por la accionante y las objeciones presentadas por el accionado que fueron acogidas por el juez de esa causa. La condena impuesta en la sentencia recurrida, por su parte, se halló al verificar el monto de la hijuela que le correspondía a la señora [demandante] (...) y que no pudo ser cubierta con los activos de la sociedad patrimonial, debido a la falla en la que incurrió Cedelca S.A. Ciertamente, en el proceso de familia se comprobó que el saldo pendiente de \$12'734.484,25 a favor de la señora (...) no logró ser pagado a su acreedora debido a que no se puso a disposición del despacho la totalidad del porcentaje que había sido objeto de medida cautelar y no existían más activos para su recaudo. En ese sentido, resultaba procedente tomar el monto aludido para fijar la condena, en tanto, es el que corresponde al daño ocasionado por la omisión de la sociedad apelante. Por último, es evidente que el detrimento patrimonial advertido en la providencia impugnada sí es cierto y no constituye una mera expectativa, como se adujo en el recurso de apelación, pues aunque al momento en el que se ordenó la medida cautelar que se reputa incumplida no se había efectuado la labor de partición, lo cierto es que el proceso de liquidación de la sociedad patrimonial culminó mediante sentencia que se encuentra ejecutoriada y en ese litigio la accionante no pudo recibir la totalidad del dinero que le correspondía, precisamente por la omisión en la que incurrió Cedelca S.A. Y, si bien la sociedad demandada pagó al señor (...) el valor de las acreencias laborales que le adeudaba, se comprobó que parte de dichos dineros estaban destinados al proceso de familia adelantado por la accionante y no pudieron ser recaudados por la omisión atribuida en la demanda. En esa medida, teniendo en cuenta que el pago, para que sea válido, "debe hacerse o al acreedor o a la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o a la persona diputada por el acreedor para el cobro" (art. 1634 Código Civil), y que el pago a persona diferente no exonera al deudor del deber con el acreedor (art. 2313 y ss. Código Civil) sin perjuicio de la posibilidad que le asiste de repetir contra aquella, es claro que en el presente asunto corresponde a Cedelca S.A. soportar las consecuencias de su negligencia y asumir la responsabilidad por el daño que generó a la parte actora. Desvirtuados los argumentos de disenso expuestos en el recurso de apelación, corresponde a la Sala confirmar el fallo de primera instancia. Como en la sentencia de 26 de febrero de 2015 se condenó al pago de una suma líquida de dinero, la Sala actualizará el valor reconocido mediante la fórmula empleada por esta Corporación (...)."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el asunto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, exp. 16516, C.P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 3 de febrero de 2023; C.P. María Adriana Marín, radicación: 19001-23-31-000-2010-00030-01\(54782\)](#)

## **4. Actos de EPM que imponen multas con ocasión del incumplimiento del contratista en la ejecución de un contrato regido por el derecho privado, no constituyen actos administrativos.**

**Síntesis del caso:** "El actor solicitó la declaratoria de la nulidad de los actos proferidos por Empresas Públicas de Medellín - EPM en los que se materializaron deducciones por incumplimiento, en un contrato regido por el derecho privado, que tenía por objeto el diseño, fabricación y selección de elementos y componentes, ensamblaje, pruebas en fábrica, embalaje, transporte, suministro del sistema de prevención y protección contra incendio."

**EPM / NATURALEZA JURÍDICA DE LA EPM / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / CLASES DE EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / ACTO UNILATERAL DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN CONTRACTUAL APLICABLE A LA EMPRESA DE**

**SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / RÉGIMEN DE LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS / ACTO PRECONTRACTUAL / NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO PRECONTRACTUAL / ACTO JURÍDICO PRIVADO / INEXISTENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / MULTA / FACULTAD DE IMPOSICIÓN DE MULTA DE LA ENTIDAD ESTATAL / IMPOSICIÓN DE LA MULTA / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / CONTRATO ESTATAL REGIDO POR EL DERECHO PRIVADO / ACTIVIDAD CONTRACTUAL / CONTRATO DE DERECHO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN / SOLICITUD DE NULIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD**

**Problema jurídico 1:** *¿La EPM podía hacer efectivas las deducciones por incumplimiento (multas), que fueron pactadas por las partes en el contrato, ya que la naturaleza jurídica de los actos propios de la actividad contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios es privada, es decir, no constituyen actos administrativos?*

**Tesis 1:** “De conformidad con las pruebas que obran en el proceso y los motivos de la apelación, la Sala revocará la decisión de primera instancia, habida cuenta (...) [que] de la habilitación contractual de la entidad para hacer efectivas las deducciones por incumplimiento, que fueron pactadas por las partes y que impedían la declaratoria de la nulidad de actos que no constituían actos administrativos (...). Naturaleza de los actos contractuales proferidos por EPM cuya legalidad se cuestiona. (...) A efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala debe, primero que todo, determinar la naturaleza jurídica de los actos sobre los que se pretendió la declaratoria de nulidad, toda vez que la parte actora entendió que se trataban de actos administrativos, al punto que cuestionó la falta de competencia para su expedición, mientras que la entidad demandada afirmó estar habilitada contractualmente para efectuar las deducciones por incumplimiento, materializadas en actuaciones que no compartían esa naturaleza. (...) La naturaleza jurídica de los actos propios de la actividad contractual de los prestadores de servicios públicos domiciliarios ha sido objeto de diversas posiciones jurisprudenciales. De manera reciente, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en lo relativo a los actos precontractuales de estos prestadores. Allí se concluyó que no constituían actos administrativos, sino que eran actos jurídicos regidos por el derecho privado, en atención a lo dispuesto por los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 y con sustento en el principio constitucional de legalidad (...). [L]o cierto es que solo los actos precontractuales fueron objeto de la unificación jurisprudencial, pues fue precisamente este tipo de actos precontractuales los que se sometieron a estudio de la Corporación en el caso concreto. (...) En lo que respecta a la naturaleza de los actos adoptados durante la ejecución del contrato, (...) [c]omo se advierte, al tiempo que existe una posición unificada sobre la naturaleza jurídica privada de los actos precontractuales, el Consejo de Estado ha sostenido que los actos contractuales de una entidad que se rige por el derecho privado (como es el caso de los contratos celebrados por las ESP) no constituyen actos administrativos y, en consecuencia, no corresponde adelantar su control judicial por la vía de la nulidad, sino estudiar los posibles incumplimientos derivados de la aplicación del pacto contractual. (...) De las providencias citadas se colige la existencia de una postura jurisprudencial clara y justificada que encuentra solución en el derecho positivo. En desarrollo de esta posición es jurídicamente posible concluir que las comunicaciones proferidas por EPM, a través de las cuales hizo efectivos los descuentos por incumplimiento, no son actos administrativos, ni dicha empresa pretendió darle tal alcance, y, por consiguiente, deben comprenderse como decisiones que se enmarcan en la lógica del derecho privado. (...) Finalmente, y a diferencia de las consecuencias diferenciales frente al medio de control derivadas del entendimiento de los actos precontractuales como actos privados (frente a los que, de conformidad con la referida posición unificada procede, por regla general, el medio de control de reparación directa), los actos contractuales, al igual que ocurre con los contratos regidos por el EGCAP, se deben demandar en ejercicio del medio de control de controversias contractuales (artículo 141 del CPACA). (...) En conclusión, las comunicaciones, cuya legalidad se cuestiona, no pueden catalogarse ni comprenderse como actos administrativos. (...) [D]ebe recordarse que, si las partes pactaron hacer efectivos descuentos por incumplimientos o multas, lo que le corresponde al juez es observar el cumplimiento de los precisos términos del pacto para efectos de su control y para verificar que la parte habilitada contractualmente para ejercer una facultad unilateral lo haga en cumplimiento de los requisitos pactados y sin hacer un uso abusivo de su derecho (...).”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de septiembre de 2020, Exp. 42003, C.P. Alberto Montaña Plata; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 19 de junio de 2019, Exp. 39800, C.P. Alberto Montaña Plata; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2017, Exp. 57394, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2017, Exp. 56562, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de agosto de 2016, Exp. 41783, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 12 de noviembre de 2014, Exp. 29165, C.P. Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Exp. 24693, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, Exp. 12342, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1994, Exp. 9288, C.P. Daniel Suarez Hernández.

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / EPM / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATISTA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / MULTA AL CONTRATISTA / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / NEGACIÓN DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / CONTRATO CON LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / SOLICITUD DE NULIDAD / NEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD / DEMANDA DE RECONVENCIÓN / PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

**Problema jurídico 2:** *¿Las “deducciones por incumplimiento” (denominación que le dieron las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad) y las multas por no cumplir con las especificaciones técnicas y las características garantizadas que realizó EPM se ajustaron a lo pactado por las partes?*

**Tesis 2:** “Análisis de los incumplimientos contractuales. (...) 1) los derivados de las deducciones por incumplimiento que dieron lugar a la aplicación de una cláusula contractual. (...) Para el análisis de este primer incumplimiento se debe observar si las “deducciones por incumplimiento” (denominación que le dieron las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad) que realizó EPM se ajustaron a lo pactado por las partes. (...) En las comunicaciones se advierte que EPM cumplió con lo pactado, esto es, la notificación previa al contratista y el haberle otorgado el término de 5 días hábiles para exponer o justificar las razones del incumplimiento. A propósito de los argumentos de defensa presentados por el contratista, se evidencia que EPM los estudió en debida forma y los contestó, como es el caso de la mora por problemas de embarque, la constitución del documento de pago, hechos imputables a quien suministraba los bienes al contratista, todas obligaciones a cargo de este último y que no lo liberaban de cumplir en el plazo pactado. También se evidencia que la entidad, en la comunicación de 25 de agosto de 2010, frente a las multas que había impuesto y a su monto, y en atención a los argumentos presentados por el contratista para reconsiderar y revocar la multa impuesta, con fundamento en nuevas pruebas que fueron aportadas, descartó algunos incumplimientos que no resultaban imputables al contratista y redujo el monto a USD 98.017. (...) En lo que respecta a las multas por no cumplir con las especificaciones técnicas y las características garantizadas, se advierte que la entidad también se ciñó a lo pactado. (...) En conclusión, la Sala encuentra acreditado el incumplimiento de las obligaciones del contratista de entrega oportuna y de las especificaciones técnicas y características garantizadas, que, en los términos contractuales, daban lugar a las deducciones por incumplimiento (multas) que fueron pactadas por las partes y hacían procedente su declaratoria en los términos contenidos en las comunicaciones referidas. (...) Así las cosas, la Sala revocará la declaratoria de nulidad de la cláusula sexta del contrato y de las deducciones por incumplimiento proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la Sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarará acreditado el incumplimiento de GFC y accederá a las pretensiones de EPM relativas a la declaratoria de incumplimiento del contratista y a que las multas están ajustadas a derecho.”

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO / FACTURA / PAGO DE LA FACTURA / ARGUMENTO NUEVO / IMPROCEDENCIA DEL ARGUMENTO**

**NUEVO / ARGUMENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / RECURSO DE APELACIÓN / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / ARGUMENTO EN EL RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / NEGACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

*Problema jurídico 3: ¿Debe negarse la pretensión sobre el incumplimiento del pago de facturas, ya que el recurrente pretendió variar el objeto del litigio con la inclusión de nuevas pretensiones en la apelación, que no coincide con lo pedido en la demanda y no se tiene la información ni las pruebas para decidir sobre este eventual incumplimiento en el pago, una vez superadas las diferencias sobre el índice de precios correspondiente?*

**Tesis 3:** "En lo que respecta al reproche de [demandante] sobre el cálculo de los índices de mano de obra, se debe tener en cuenta que el propio demandante, en su recurso de apelación, manifestó que, si bien no se había probado cuál debía ser el índice a aplicar, por lo menos se debía usar alguno de los dos, aunque fuese el pretendido por la entidad. De esta manera, no se discute ya cuál debe ser el índice a tener en cuenta. Con todo, se advierte que el recurrente enumeró unas facturas que afirmó que no habían sido pagadas por la entidad, que no hicieron parte de la demanda. (...) Ocurre entonces que el recurrente pretendió variar el objeto del litigio con la inclusión de nuevas pretensiones en la apelación, que no coincide con lo pedido en la demanda. Mientras que en la demanda solicitó que se resolviera cuál era el índice de precios de mano de obra que se debía usar y que se ordenara el pago de una suma específica, en el recurso señaló que, ante la falta de acreditación del índice de precios se debía hacer uso, cuando menos, del índice defendido por la entidad, para que le fueran pagadas unas facturas que no presentó en la demanda y cuyo pago no pretendió. Al respecto se observa que esta Sala no tiene información para determinar si las facturas existen y cumplen con los requisitos legales, si fueron presentadas a la entidad demandada, si se presentaron bajo el entendimiento de que se debía aplicar uno u otro índice de precios, determinar si se ha efectuado algún pago de la lista de facturas que se relacionó en el recurso, pues, por los hechos de la demanda se conoce que al menos una lo fue. En general, no se tiene la información ni las pruebas para decidir sobre este eventual incumplimiento en el pago, una vez superadas las diferencias sobre el índice de precios correspondiente, por lo que procede negar esta pretensión."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 23 de noviembre de 2022; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01\(66700\)](#)

**Aclaración de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez**

**ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DE PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / INTERPRETACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES / DEDUCCIONES / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / MULTA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA MULTA / PAGO DE LA MULTA / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / PAGO DEL PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / PAGO DEL CONTRATO / IMPUTACIÓN DEL PAGO EN EL CONTRATO ESTATAL / PAGO AL CONTRATISTA**

*Problema jurídico 1: ¿De acuerdo con lo consignado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, las multas no constituyen un descuento o deducción, pues no están asociadas a facturas o cierres financieros para determinar que se trate de un descuento de lo que le corresponde al contratista por pago?*

**Tesis 1:** "Si bien comparto el análisis central y el sentido de la decisión adoptada en el presente caso debo aclarar que, de la lectura del pliego de condiciones es inequívoco que la entidad contratante en el título del capítulo 5.13 solo se refirió a "deducciones por incumplimiento", pues, en el texto de ese acápite de las reglas de la convocatoria solo se hace alusión a las "causales de sanciones por incumplimiento" aplicables a los casos de incumplimiento, mora o retardo en el cumplimiento de las obligaciones pactadas, aparte

del pliego en el que, además, se estableció un procedimiento de imposición de multas, las cuales corresponden a un porcentaje del valor del contrato cuyo monto depende del tipo de obligación, el cual, no puede superar el 10% del valor total del contrato. En ese sentido, de acuerdo con lo consignado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, las multas aludidas no constituyen un descuento o deducción, pues, no está asociado a facturas o cierres financieros para determinar que se trate de un descuento de lo que le corresponde al contratista por pago, máxime si se tiene en cuenta que el pliego de condiciones tampoco se previó, en favor del contratista, la posibilidad de recuperar el monto del valor del contrato “descontado” ya que, se trata de un incumplimiento típicamente constitutivo de una sanción.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 23 de noviembre de 2022; A.V. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 05001-23-31-000-2011-01824-01\(66700\)](#)

## **5. La extensión o agravación del daño con el paso del tiempo no amplía el término de caducidad de la acción de reparación directa.**

**Síntesis del caso:** *El demandante indica que la construcción de un edificio por parte de un particular le ocasionó graves afectaciones a su propiedad, pretende la declaración de responsabilidad del ciudadano, a quien le atribuye los daños sufridos al inmueble de su propiedad por la construcción del edificio sin contar con la respectiva licencia expedida por un curador urbano, y del Distrito capital, al que se imputan, también, los daños, por falta de control y vigilancia urbanística.*

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / PROTECCIÓN DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / CAUSACIÓN DEL DAÑO / HECHO DAÑOSO / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / DAÑO CONTINUADO**

**Problema jurídico 1:** *¿El término de caducidad se amplía en asuntos de reparación directa en los cuales el daño se prolonga continuamente en el tiempo?*

**Tesis 1:** “Respecto del cómputo de la caducidad de la acción, la jurisprudencia de esta Sección ha sido pacífica en establecer que este se debe efectuar de acuerdo con las condiciones particulares de cada caso, en tanto que el juez puede enfrentar situaciones en las que: (i) ocurrido el hecho dañoso, inmediatamente se conoce el daño, por su evidente notoriedad. En este escenario, el daño y el conocimiento de este por parte del lesionado son concomitantes, de lo que se sigue que es ese único momento a partir del que se debe contar el término de caducidad, o (ii) se causa un daño, pero el lesionado no tuvo la oportunidad de conocerlo en el momento de su ocurrencia, sino con posterioridad. En este evento, el de su conocimiento u oportunidad de acceder a él, será el momento a partir del que se comenzará a computar el término de caducidad. Así mismo, en otras ocasiones se ha afirmado que es posible que el daño se prolongue o agrave, pero esto “no cambia las reglas a partir de las cuales empieza a computarse el término para acudir a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de reparación directa -ocurrencia de la acción u omisión causante del daño o conocimiento real o presunto del demandante-, dada la distinción esencial entre la causación del daño y su permanencia desde el punto de vista temporal. En ese sentido, es claro que la extensión o agravación del daño con el paso del tiempo no le otorga el carácter de continuado o de tracto sucesivo”. En este sentido, cuando un daño no se consolida en un momento determinado, debe tenerse en cuenta que, el solo hecho de que la conducta causante del mismo permanezca, no implica, de forma necesaria, que exista un daño continuado, dado que es posible que lo que se prolongue en el tiempo sean sus efectos patrimoniales, esto es, los perjuicios causados por ese daño [...]. [E]l hecho de que los efectos perjudiciales del daño se extiendan de forma indefinida en el tiempo no desvirtúa las regla previstas en el artículo 136-8 del CCA y en la jurisprudencia de esta Corporación, esto es, que la contabilización del término de caducidad de la acción de reparación directa comienza a

partir de la ocurrencia del daño, cuando este sea concomitante al hecho que lo genera, o a partir del momento en que el afectado tuvo conocimiento del daño que le fue causado, aun cuando sus efectos perjudiciales continúen presentándose. De lo contrario, el término de caducidad, que opera por ministerio de la ley, quedaría supeditado a la indeterminación y la oportunidad para elevar la pretensión indemnizatoria no se extinguiría jamás, en detrimento de la seguridad jurídica.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Respecto al cómputo del término de la caducidad de la acción de reparación directa, en casos de daño continuado, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de febrero de 2021, rad. 48671, C. P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ; auto de 6 de febrero de 2020, rad. 64877, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico (e); auto de 10 de diciembre de 2021, rad. 64883, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; providencia de 23 de abril de 2021, rad. 52233, C. P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ; auto de 12 de diciembre de 2018, rad. 62495, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; auto de 3 de mayo de 2018, rad. 58450, C. P. María Adriana Marín; providencia de 1 de diciembre de 2016, rad. 54792, C. P. Hernán Andrade Rincón; y sentencia de 4 de diciembre de 2020, rad. 64548, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

## **CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / PROCEDENCIA DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DAÑO CONTINUADO / DAÑO CAUSADO POR OMISIÓN / VIGENCIA DE LA LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN / CONSTRUCCIÓN SIN LICENCIA / ACTIVIDAD CONSTRUCTORA**

**Problema jurídico 2:** *¿La demanda fue presentada por fuera del término de dos años siguientes al hecho dañoso atribuible a la entidad demandada?*

**Tesis 2:** “[L]a contabilización del término de caducidad de dos (2) años previsto en el artículo 136-8 del Código Contencioso Administrativo (CCA), frente a la pretensión resarcitoria por el daño que le fue causado como consecuencia de la construcción del señor [...], debe realizarse a partir del día siguiente a la presentación de la querrela [...], esto es, a partir del 20 de abril de 1999, por lo que la demanda incoada el día 28 de mayo de 2004 fue presentada de forma manifiestamente extemporánea. [...] Para la contabilización del término de caducidad de la acción de reparación directa, la Sala debe determinar el momento en que el demandante encuentra elementos de juicio para atribuirle la causa del daño a la omisión de la Alcaldía Local de Teusaquillo. [...] [E]l cómputo del término de caducidad frente a la pretensión resarcitoria formulada contra el distrito capital de Bogotá, con fundamento en la situación antes expuesta, debe realizarse desde el día siguiente al oficio proferido por el Alcalde Local de Teusaquillo, es decir, el 23 de septiembre de 1999, por lo que la demanda incoada el día 28 de mayo de 2004 fue presentada de forma extemporánea. Respecto de la segunda situación expuesta por el demandante, esto es, que la Alcaldía Local de Teusaquillo no ha dado cumplimiento efectivo a las órdenes proferidas en la resolución del 28 de agosto de 2000, la Sala encuentra que en ese acto administrativo se dispuso un plazo de sesenta (60) días para el cumplimiento de dichos mandatos, y, además, decretó que la arquitecta de asesoría de obras de la entidad, una vez vencido el plazo, debía llevar a cabo una nueva verificación, para constatar la restitución del inmueble o la adecuación del mismo a la licencia de construcción. El plazo venció el día 6 de febrero de 2001, sin que el señor [...] diera cumplimiento a las ordenes contenidas en la resolución antes referida, por ende, a partir de ese momento el demandante tuvo conocimiento de la omisión que hoy le reprocha al distrito capital de Bogotá, y, en consecuencia, a partir del 7 de febrero de 2001 y hasta el 7 de febrero de 2003 corría la oportunidad legal prevista en el artículo 136-8 del CCA para presentar la demanda de reparación directa, pero esta fue radicada el 28 de mayo de 2004, cuando ya había operado la caducidad de la acción. [...] Ahora, el demandante alega que el señor [...], con posterioridad a la expedición de la resolución del 28 de agosto de 2000, continuó con la obra (...) por lo que hubo un daño continuado, debiéndose contabilizar el término de caducidad a partir de la fecha de terminación de la obra, que él estima, finalizó en noviembre de 2002. (...) [S]i bien es cierto que el señor [...] construyó un quinto piso en su edificio, la construcción de esta planta inició desde antes de la expedición de la resolución proferida por la Alcaldía Local de Teusaquillo, el 28 de agosto de 2000, fecha en la que ya había aparecido el daño, y que esa construcción culminó con posterioridad al mismo acto administrativo, por lo tanto, esta situación, en el peor de los casos, no demostrado por demás, pudo constituir causa de extensión o agravación del daño, circunstancia que la jurisprudencia de la Sección ha diferenciado de la configurativa del daño continuado o de tracto sucesivo. Por tanto, frente a este cargo se mantiene el cómputo de caducidad con aplicación

de las reglas que para el efecto fueron expuestas en precedencia, y se impone concluir que el ejercicio de la acción fue extemporáneo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 7 de septiembre de 2022, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-26-000-2004-01049-01\(43128\).](#)

## **6. Condena al Ejército Nacional bajo el título de falla del servicio por presentar a un civil menor de edad desaparecido como muerto en combate.**

**Síntesis del caso:** “Según se narra en la demanda, el 9 de julio de 2007, un estudiante de 8º grado de bachillerato, salió de su casa en Armenia, para acompañar, con otros dos amigos, a un individuo apodado “Tarzán” a Pereira. Desde ese día desapareció, su familia comenzó a buscarlo y el 12 de julio siguiente se enteraron por un periódico de la muerte de 3 jóvenes “dados de baja en combate”, información que corroboraron en la Fiscalía General de la Nación, Seccional Pereira, en donde les confirmaron que los occisos habían sido enterrados como NN y entre ellos se encontraba el joven.”

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTEO DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DELITO DE LESA HUMANIDAD / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / FALSO POSITIVO / CASO FALSO POSITIVO / FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / CUMPLIMIENTO DEL FALLO DE TUTELA / CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / DECISIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA / FALLO DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / INAPLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN**

**Problema jurídico 1:** *¿Resulta aplicable el fallo de unificación de la Corporación proferido el 29 de enero de 2020, en el que se señalan reglas para el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa en casos de delitos de lesa humanidad, considerando que mediante sentencia de tutela se fijó una regla para el caso concreto y se ordenó su estudio de fondo?*

**Tesis 1:** “El Tribunal a quo, al resolver sobre la excepción de caducidad, advirtió que, en virtud del fallo de tutela proferido (...) por la Sección Quinta del Consejo de Estado en segunda instancia, fue dejado sin efectos el auto que rechazó la demanda, decisión que debía acogerse, al margen de que con posterioridad esta corporación hubiese proferido la sentencia de unificación del 29 de enero de 2020, en la que se estableció cuál era el punto de partida para contar el término de caducidad en reparación directa. La parte demandada apeló la decisión del a quo con fundamento en que no se trataba de un asunto de lesa humanidad y que la muerte ocurrió el 10 de julio del 2007, fecha en la cual sus familiares tuvieron conocimiento del hecho, pero tardaron más de 2 años en interponer la demanda de reparación directa. Pues bien, como antes se anotó, con ocasión del rechazo de la demanda por caducidad, providencia que fue confirmada por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2013, la parte demandante presentó demanda de tutela, la que fue resuelta en segunda instancia por la Sección Quinta de esta Corporación, en fallo del 12 de febrero de 2015. Dicha sentencia decidió: i) amparar los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y a la reparación; ii) dejar sin efectos los autos del 28 de junio de 2013 y del 23 de junio de 2011 del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante los cuales se declaró la caducidad de la reparación directa para (...). Lo anterior con fundamento en que primero debía desvirtuarse la “presunción” según la cual la muerte se presentó en combate, lo cual ocurriría mediante la sentencia penal que declare si el individuo reportado como

guerrillero era una persona protegida o no, para determinar si el hecho fue antijurídico. Por tanto, consideró que, con base en la teoría del descubrimiento del daño, los dos años de caducidad del medio de control de reparación directa deben comenzar a correr al día siguiente de la ejecutoria del fallo penal que así lo determine. La Sala considera que el argumento de la apelante, según el cual los demandantes dejaron pasar el término previsto en la ley para presentar la demanda de reparación directa no puede analizarse de fondo, dado que en este caso en particular se profirió un fallo de tutela, el cual no ordenó que primero se realizara el debate probatorio a fin de analizar la oportunidad de la acción para luego resolver sobre esta, sino que dictaminó que el a quo verificara los requisitos para admitir la demanda sin más análisis de caducidad. El fallo de tutela, como mecanismo definitivo, ordenó que se estudiara de fondo si la persona fallecida era combatiente o no, para determinar si su muerte fue responsabilidad del Estado. Incluso, la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación no resulta suficiente para desconocer la orden de tutela, so pena de desacato, toda vez que se creó una regla para el caso concreto, razón por la cual la Sala considera agotado el estudio de este argumento de la apelación.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la caducidad de la acción de reparación directa por delitos de lesa humanidad, consultar providencia de 29 de enero de 2020, Exp. 61033, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**COSA JUZGADA / ALCANCE DE LA COSA JUZGADA / EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA / PRINCIPIO DE COSA JUZGADA / INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA / INOPERANCIA DE LA COSA JUZGADA / IMPROCEDENCIA DE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA / FALTA DE IDENTIDAD DE PARTES / FALTA DE IDENTIDAD DE CAUSA / SENTENCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ALCANCE DE LA SENTENCIA / EFECTOS DE LA SENTENCIA / VALOR VINCULANTE DE LA SENTENCIA**

**Problema jurídico 2:** *¿Resultan aplicables las consideraciones expuestas en los procesos de reparación directa promovidos por las muertes de otras dos personas en los mismos hechos, teniendo en cuenta que en el caso que aquí se decide no existe identidad de partes, ni de causa, con las de dichos procesos?*

**Tesis 2:** “El a quo declaró no probada la excepción de cosa juzgada, dado que no existía identidad de partes con los procesos (...) tramitados por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pereira, toda vez que fueron promovidos por los familiares de las otras dos personas fallecidas en los mismos hechos (...). La entidad apelante señaló que en este caso no se trató de una “ejecución extrajudicial”, tal como se concluyó en los procesos promovidos por las muertes de las otras dos personas y cuyas pretensiones fueron negadas. Si bien los fallos invocados por la entidad apelante se fundaron en las muertes de otras dos personas ocurridas en los mismos hechos que aquí se debaten, lo cierto es que ello no implica que la Subsección en este caso se deba estar a lo allí resuelto, pues se trata de un asunto en el que no es posible concluir que se presentó una cosa juzgada frente a la responsabilidad, dada la inexistencia de identidad de partes y de causa, pues allí los actores fueron otros y sus pretensiones versaron sobre unas muertes distintas. En suma, las decisiones tomadas en aquellos procesos no condicionan el análisis y la determinación que puede tomar la Sala en el asunto de la referencia, toda vez que las providencias allí adoptadas se edificaron en lo que resultó probado frente a la muerte de otras personas, mientras que en este caso se debe establecer lo ocurrido con (...) [la víctima], lo que implica una valoración del material probatorio que a este preciso asunto fue allegado. Por tales motivos, este argumento de la apelación no está llamado a prosperar.”

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / FALSO POSITIVO / CASO FALSO POSITIVO / DESAPARICIÓN FORZADA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA / CASO DE DESAPARICIÓN FORZADA / FALLA DEL SERVICIO / ACREDITACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / PRUEBA DE LA FALLA DEL SERVICIO / DAÑO CAUSADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / CAUSALES**

**EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO / EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ENFRENTAMIENTO ARMADO / MUERTE DE CIVIL EN ENFRENTAMIENTO ARMADO / FALTA DE PRUEBA / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA / CULPA DE LA VÍCTIMA / HECHO DE LA VÍCTIMA / INEXISTENCIA DE LA CULPA DE LA VÍCTIMA / INEXISTENCIA DEL HECHO DE LA VÍCTIMA / CONFLICTO ARMADO / DAÑO CAUSADO A CIVIL DURANTE CONFLICTO ARMADO / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / MENOR DE EDAD / MUERTE DE MENOR DE EDAD / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS IMPUTABLE A LA FUERZA PÚBLICA**

*Problema jurídico 3: ¿Debe responder patrimonialmente el Estado por la muerte de un joven en un supuesto enfrentamiento armado con el Ejército Nacional, el cual, luego de su desaparición, fue presentado como muerto en combate?*

**Tesis 3:** “Según se narra en la demanda, (...) [un] estudiante de 8º grado de bachillerato, salió de su casa en Armenia, para acompañar, con otros dos amigos, a un individuo apodado “Tarzán” a Pereira. Desde ese día desapareció, su familia comenzó a buscarlo y (...) [posteriormente] se enteraron por un periódico de la muerte de 3 jóvenes “dados de baja en combate”, información que corroboraron en la Fiscalía General de la Nación, Seccional Pereira, en donde les confirmaron que los occisos habían sido enterrados como NN y entre ellos se encontraba el joven (...). [L]a Subsección concluye que no se configuró el eximente de responsabilidad invocado por la demandada, pues la valoración conjunta de las pruebas desvirtúa la ocurrencia de una agresión previa que hubiese desencadenado un supuesto enfrentamiento. Si bien las pruebas allegadas al proceso no permiten establecer las circunstancias reales en las que falleció la víctima directa, ello no es óbice para imputar responsabilidad a la demandada, porque lo cierto es que no fue en aquellas en las que la entidad edificó su defensa, dado que las pruebas no acreditan que la víctima hubiese disparado arma alguna o adelantado algún tipo de acción que pusiera en peligro la vida de los militares para que estos reaccionaran, de hecho, ningún uniformado resultó herido. Aunque la presencia de los militares en el lugar de los hechos estuvo precedida de la planificación de una misión táctica, ello no acredita que la muerte (...) hubiese sido resultado de una acción legítima, pues no se demostró una agresión de su parte que provocara una reacción armada de la fuerza pública. No se probó que la muerte de la víctima ocurrió en el marco de un combate entre ella, otras dos personas y miembros del Ejército Nacional, y que su comportamiento se constituyó en la razón determinante para que los militares reaccionaran disparándoles; por el contrario, las pruebas practicadas desvirtúan la hipótesis del supuesto comportamiento temerario de (...) [la víctima] y de un enfrentamiento, dadas las inconsistencias en las declaraciones de los uniformados y confrontadas estas últimas con los otros medios de convicción. Además, a la entidad demandada le correspondía demostrar la existencia de la causal de exoneración que adujo, pero se limitó a hacer la mera afirmación de unos hechos carentes de sustento probatorio. La falla en el servicio de la demandada no cesó con el hecho de haber generado la muerte de la víctima, sino que se extendió a las actuaciones posteriores, pues (...) [el joven víctima] fue presentado como un “bandido dado de baja en combate”; además, fue sepultado como NN, lo cual generó zozobra en la búsqueda que terminó días después con la exhumación y entrega de su cadáver. Como consecuencia, resulta forzoso concluir que en el caso concreto se configuró una grave falla en el servicio imputable al Ejército Nacional, toda vez que (...) [el joven víctima] fue presentado como un “NN muerto en combate”, pese a que no se demostró que falleció durante un enfrentamiento con los uniformados, razón por la cual la Sala confirmará la responsabilidad declarada por el a quo.”

**PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR MUERTE / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL POR MUERTE / CÁLCULO DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / FACTORES DE DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INAPLICACIÓN DEL TOPE DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPES MÁXIMOS DEL PERJUICIO MORAL / TOPES DE LA INDEMNIZACIÓN**

**DEL PERJUICIO MORAL / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS IMPUTABLE A LA FUERZA PÚBLICA / MENOR DE EDAD / MUERTE DE MENOR DE EDAD / INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD / PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE / CASO DE DESAPARICIÓN FORZADA / DESAPARICIÓN FORZADA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA / FALSO POSITIVO / CASO FALSO POSITIVO / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA**

*Problema jurídico 4: ¿Resulta procedente el reconocimiento de perjuicios morales a los familiares de la víctima fallecida, así como el incremento del porcentaje correspondiente a los hermanos, dada la existencia de graves violaciones a los derechos humanos del menor edad desaparecido y enterrado como NN?*

**Tesis 4:** “El a quo reconoció esta indemnización [perjuicios morales] en el monto de 100 SMLMV en favor de cada uno de los padres y hermanos de la víctima, dado que encontró probado su parentesco con las copias de sus registros civiles de nacimiento allegados al expediente. Argumentó el incremento del porcentaje correspondiente a los hermanos, “en atención a las graves, serias y sustanciales violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que se concretaron en cada uno de los familiares de la víctima” y que no aumentaba el reconocido a los padres, porque en la demanda se solicitó el máximo de 100 SMLMV para cada uno de los accionantes, de modo que no podía evadirse el principio de congruencia. La Sala encuentra ajustados los montos reconocidos en favor de dichos demandantes, de acuerdo con lo señalado en el precedente consignado en los fallos del 28 de agosto de 2014, específicamente en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales en casos de muerte, pues los demandantes se encuentran en el primer y segundo grado de consanguinidad. En cuanto al incremento de la condena en favor de los hermanos del occiso, en los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014 se estableció una regla según la cual, en casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada para indemnizar en cada nivel de relaciones afectivas el perjuicio moral. Para la Sala el mayor valor reconocido por el a quo se encuentra ajustado a la aplicación de la regla de excepción, pues resulta razonable inferir una mayor intensidad en el dolor sufrido por los demandantes, que no solo correspondió a la muerte (...), sino a que estuvo varios días desaparecido, fue enterrado como NN y su padre y hermanas tuvieron que acudir a la morgue para identificarlo, pedir su exhumación y la entrega de su cadáver. Además, porque se trataba de un menor de edad cuyos derechos eran prevalentes y debía recibir una mayor protección del Estado (artículo 44 superior).”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la indemnización de perjuicios morales en caso de muerte, consultar providencias de 28 de agosto de 2014, Exp. 26251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y de 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

**LUCRO CESANTE / PERJUICIO MATERIAL POR LUCRO CESANTE / LUCRO CESANTE FUTURO / IMPROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE / IMPROCEDENCIA DEL LUCRO CESANTE / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / NEGACIÓN DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE AYUDA ECONÓMICA SUFRIDA POR MUERTE DE LA VÍCTIMA / MENOR DE EDAD / MUERTE DE MENOR DE EDAD / TRABAJO DEL MENOR DE EDAD**

*Problema jurídico 5: ¿Resulta procedente el reconocimiento del lucro cesante, por lo dejado de percibir por la muerte de la víctima menor de edad, respecto de la cual, no obra prueba alguna de que se encontrara autorizada para trabajar?*

**Tesis 5:** “El a quo reconoció esta indemnización [perjuicios materiales por lucro cesante futuro] en suma de \$83'132.875,00 para cada uno de los padres de la víctima (...). Lo anterior, con fundamento en que la víctima ejercía una actividad laboral independiente y se encontraba en edad productiva para el momento

de los hechos, “ya que es sabido que en sectores deprimidos o lugares donde imperan los bajos ingresos y necesidades básicas insatisfechas los hijos menores de edad trabajan para ayudar al sostenimiento familiar”. Pues bien, según sus registros civiles de nacimiento y defunción, (...) [la víctima] contaba con 16 años para la fecha de muerte; además, vivía con sus padres y se encontraba cursando 8º grado de bachillerato. Incluso, aunque varios testigos señalaron que en su tiempo libre el menor de edad vendía frutas y verduras, no se probó que de ellos proveyera su manutención o la de sus padres; además, siendo menor de edad, resulta razonable que estuviera a su cuidado y dependiera económicamente de ellos. De modo que, aun en el evento de que se demostrara que el entonces menor de edad desempeñaba con frecuencia la actividad de venta de frutas y verduras, no se probó que tal labor la hubiera desempeñado con el lleno de los requisitos legales, razón por la cual no podría reconocerse rubro alguno en favor de sus padres, dado que se estaría amparando el trabajo infantil, como ya lo ha señalado la Sala Plena de la Sección Tercera y esta Subsección. Por tales motivos, se revocará la indemnización reconocida por el a quo por este concepto.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la improcedencia del reconocimiento del lucro cesante por lo dejado de percibir por un menor de edad que laboraba sin el cumplimiento de los requisitos legales, consultar providencias de 28 de agosto de 2014, Exp. 26251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; de 28 de agosto de 2014, Exp. 26251, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

**MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / PROCEDIBILIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / MODALIDADES DE MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / GARANTÍA DE SATISFACCIÓN / MEDIDAS DE SATISFACCIÓN / GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / VÍCTIMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS IMPUTABLE A LA FUERZA PÚBLICA / CASO DE DESAPARICIÓN FORZADA / DESAPARICIÓN FORZADA / FALSO POSITIVO / CASO FALSO POSITIVO / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD / DERECHO A LA FAMILIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA FAMILIA / DERECHO AL TRABAJO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO / DERECHO A LA VIDA / DERECHO A LA VIDA DEL MENOR DE EDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA / BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / DAÑO A BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO / BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO / PERJUICIO INMATERIAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO INMATERIAL**

**Problema jurídico 6:** *¿Resulta procedente el reconocimiento de medidas de reparación no pecuniarias de satisfacción y no repetición, dada la grave violación de los derechos humanos de las víctimas?*

**Tesis 6:** “El a quo ordenó (...) medidas de reparación no pecuniarias (...), con fundamento en que el daño antijurídico no solo se concretó en los perjuicios morales reclamados por los familiares del joven (...), sino también en los generados por la vulneración de su dignidad humana, al haber sido asesinado de manera violenta,” con absoluto desprecio por la humanidad, en total condición de indefensión y despojado de todo valor como ser humano”. Así mismo, consideró que se concretó la vulneración del libre desarrollo de la personalidad, toda vez que tratándose de un joven, quedó establecido que la posibilidad de elección y definición de su vida “quedó cercenada de manera permanente y arbitraria”. De igual forma, sostuvo que se vulneró el derecho a la familia, pues “fueron extraídos violentamente de su núcleo con su muerte”. Finalmente, estimó que se vulneró su derecho al trabajo, “ya que seguía siendo persona laboral, económica y productivamente activa, sin que esto lo haya podido concretar con su muerte prematura”. La Sala coincide con el a quo, pues como lo ha reconocido en casos similares al formulado, se causó la afectación grave a la dignidad, la vida de la víctima y los demás derechos constitucional y convencionalmente amparados antes señalados. Lo anterior, teniendo en cuenta que no solo fue ultimado por miembros del Ejército Nacional -en hechos que aún son materia de investigación-, sino que, además, se mancilló su dignidad, pues fue señalado como un delincuente “dado de baja” en combate y enterrado como NN. Así las cosas, en aplicación del principio de reparación integral y con apoyo en el artículo 16 de la Ley 446 de

1998, la Sala considera ajustadas las medidas de satisfacción y de garantía de no repetición ordenadas por el a quo (...).”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias de satisfacción y no repetición, en casos de graves violaciones de derechos humanos, consultar providencias de 18 de marzo de 2022, Exp. 58045, C.P. José Roberto SÁCHICA Méndez; y de 16 de agosto de 2022, Exp. 68243, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 03 de febrero de 2023; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 66001-23-31-000-2011-00138-02\(68605\)](#)

## **7. Por actuación de miembros del Gaula con los confesos de las AUC, se condena al Estado - Ministerio de Defensa - Policía Nacional por desaparición forzada y homicidio de ciudadano.**

*Síntesis del caso:* El 21 de septiembre de 2000, un ciudadano fue retenido cuando se encontraba en su casa de habitación, en el municipio de Palmar de Varela, en el departamento del Atlántico, desde donde fue transportado al Departamento de Magdalena para ser puesto a disposición del Comandante de las AUC – Alias Esteban o 09, quien, después de interrogarlo, le ocasionó la muerte y ordenó rellenar con piedras el cadáver y arrojarlo al río Magdalena para que no fuera hallado, como en efecto ocurrió. El 19 de mayo de 2011 el delito fue confesado por los desmovilizados del bloque norte de las AUC, dentro del proceso de Justicia y Paz, quienes, además de aceptar su responsabilidad penal y acogerse a sentencia anticipada, informaron que la planeación y ejecución del ilícito contó con la colaboración y aquiescencia de miembros del Gaula de la Policía de Barranquilla.

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA / EFECTOS DE LA DESAPARICIÓN FORZADA / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / ACTUACIÓN DEL GRUPO PARAMILITAR / AUTODEFENSAS UNIDAS DE COLOMBIA / DAÑO CAUSADO POR MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL / CONFLICTO ARMADO / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / DAÑO CAUSADO A CIVIL DURANTE CONFLICTO ARMADO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / EXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DESAPARICIÓN FORZADA AGRAVADA / FUNCIONARIO DEL GAULA**

*Problema jurídico 1:* ¿Los agentes de la fuerza pública se valieron de su investidura para posibilitar la consumación de la desaparición forzada y homicidio del civil a cargo de los confesos integrantes de las AUC y por ello es responsable patrimonialmente el Estado?

**Tesis 1:** “[P]ara el caso concreto se estableció que la configuración de la desaparición forzada [del ciudadano] y su imputación a la responsabilidad del Estado requiere que se acrediten las siguientes condiciones: i) que se haya privado a una persona de la libertad en cualquier forma; ii) que dicha privación haya sido cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con su autorización o aquiescencia y; iii) que haya sido seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad o a informar sobre el paradero de la persona. [...] [E]n el caso de autos es evidente la existencia de un nexo causal o imputación fáctica derivada de la actuación de los agentes del Estado frente al resultado dañoso, fundada en la coautoría de los miembros del Gaula con los confesos de las AUC en el desaparecimiento y homicidio [del ciudadano], el cual compromete la prestación del servicio a cargo de la entidad demandada, en atención a que los agentes de la fuerza pública se valieron de su investidura para posibilitar la consumación del delito, pues en uso de su autoridad, por ejemplo,

viabilizaron la evasión de los retenes y el transporte de la víctima y de las armas utilizadas en el ilícito, brindando acompañamiento y asesoría en la totalidad iter criminis. [...] [E]n el caso de autos se observa el cumplimiento de los requisitos señalados por la jurisprudencia para acreditar la responsabilidad del Estado por desaparición forzada, sin que se configure una causal de exoneración de responsabilidad y, en tal sentido, existe mérito para acceder a las pretensiones de la demanda, de modo que en la parte resolutive del presente proveído la Sala revocará las sentencias proferidas el 30 de marzo de 2012 y el 29 de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo del Atlántico que negaron las pretensiones de la demanda, al constatar que sí se probaron el daño antijurídico y su imputación a la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional.”

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA / HOMICIDIO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD POR SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / ACTUACIONES EN LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / PROCESO PENAL / DECLARACIÓN DE LA AUSENCIA POR DESAPARICIÓN FORZADA**

*Problema jurídico 2: ¿Para el cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa por desaparición forzada, se debe dar aplicación a lo dispuesto por el numeral 8º del artículo 136 del Decreto No. 1 de 1984, adicionado por el artículo 8º de la Ley 589 de 2000, normas que indican que el cómputo inicia a partir de la fecha en que aparezca la víctima o desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición?*

**Tesis 2:** “El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, señala que la acción de reparación directa caducará al vencimiento del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa. Ahora bien, debe advertirse que, por cuanto se pretende la reparación directa derivada del delito de desaparición forzada tiene aplicación lo dispuesto por el numeral 8º del artículo 136 del Decreto No. 1 de 1984, adicionado por el artículo 8º de la Ley 589 de 2000, normas estas que establecen el cómputo del término de caducidad “a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”. [...] [S]e estima que el derecho de accionar se ejerció en tiempo, teniendo en cuenta: [...] desapareció el 21 de septiembre de 2000 y su cadáver nunca fue hallado; que el 19 de mayo de 2011, dentro del proceso de Justicia y Paz, los desmovilizados del bloque norte de las AUC [...], confesaron su responsabilidad penal, pidieron perdón a las víctimas y se acogieron a sentencia anticipada por los delitos de desaparición forzada y homicidio de [...], frente a lo cual informaron que la planeación y ejecución del ilícito tuvo lugar con la colaboración y aquiescencia de miembros del Gaula de la Policía de Barranquilla [...]; que los demandantes dentro del expediente No. 44839, sin que se conociera del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, el 29 de julio de 2009 presentaron la solicitud de conciliación que se llevó a cabo el 18 de septiembre de 2009, pero se declaró fallida por falta de acuerdo conciliatorio; que los demandantes dentro del expediente No. 57469, sin que se conociera del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, el 22 de marzo de 2011 presentaron la solicitud de conciliación que se llevó a cabo el 21 de junio de 2011, pero se declaró fallida por falta de acuerdo conciliatorio; que la demanda radicada con el No. 44839 se presentó el 11 de octubre de 2010, es decir, dentro de los dos (2) años establecidos en la ley procesal vigente; y que la demanda radicada con el No. 57469 se presentó el 30 de septiembre de 2011, es decir, también dentro de los dos (2) años establecidos en la ley procesal vigente.”

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA / DESAPARICIÓN FORZADA / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / DELITO DE LESA HUMANIDAD / CONVENCION INTERAMERICANA DE DESAPARICIÓN FORZADA / CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS / DERECHOS QUE VULNERA LA DESAPARICIÓN FORZADA / VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACION**

**DEL DERECHO A LA LIBERTAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL / EFECTOS DE LA DESAPARICIÓN FORZADA / PRESUPUESTOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRUEBA INDICIARIA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA / PROCEDENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA / INDICIO**

**Problema jurídico 3:** *¿Cuáles son los presupuestos para que se configure la desaparición forzada y su imputación de responsabilidad al Estado?*

**Tesis 3:** “La desaparición forzada ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corporación como un delito de lesa humanidad, por cuanto involucra, además de los derechos fundamentales de la víctima, la convivencia social, la paz y la tranquilidad del género humano. Asimismo, la Sala ha destacado que se trata de un acto de carácter pluriofensivo, ya que se configura mediante la restricción o cercenamiento indebido del derecho a la libertad personal y compromete de manera directa los derechos a la vida, a la integridad y a la dignidad de las personas, desdoblándose en sus familiares, dado el desconocimiento del derecho a la información sobre la ubicación o condiciones en que se encuentran las víctimas, menoscabando en este sentido la dignidad de la familia. [...] [S]e tiene que la configuración de la desaparición forzada y su imputación a la responsabilidad del Estado, deben reunir las siguientes condiciones: i) que se haya privado a una persona de la libertad en cualquier forma; ii) que dicha privación haya sido cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con su autorización o aquiescencia; iii) que haya sido seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad o a informar sobre el paradero de la persona; y iv) que se impida el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales contenidas en la ley. Ahora bien, la Sala también ha reconocido que en este tipo de eventos la prueba indiciaria resulta ser “idónea y única para determinar la responsabilidad”, de manera que no es necesario que existan pruebas directas y contundentes que incriminen a la institución militar, pues la concurrencia de serios indicios de la acción u omisión del Ejército son suficientes para asignarle responsabilidad a la Nación.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el concepto de desaparición forzada y los presupuestos de responsabilidad del Estado, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 7 de septiembre de 2015, rad. 51388, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 29 de octubre de 2012, rad. 21806, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 155 a 157.

**HECHO DEL TERCERO / DAÑO CAUSADO POR HECHO DEL TERCERO / REQUISITOS DEL HECHO DEL TERCERO / IRRESISTIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / IMPREVISIBILIDAD DEL HECHO DEL TERCERO / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CAUSACIÓN DEL DAÑO / PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

**Problema jurídico 4:** *¿Cuáles son los requisitos para la configuración del hecho del tercero como causal eximente de responsabilidad del Estado?*

**Tesis 4:** “Esta Sección ha señalado que el hecho exclusivo y determinante del tercero se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que éste último no se encuentra vinculado en manera alguna con aquél. Asimismo, esta Corporación ha determinado que para la prosperidad de esta causal exonerativa de responsabilidad deben reunirse tres requisitos, a saber: i) que el hecho del tercero sea la causa exclusiva y adecuada del daño, motivo por el cual la entidad tiene que probar que no hay ningún vínculo causal entre la conducta del demandado y el daño producido; ii) que el hecho del tercero sea ajeno al servicio, es decir, que el tercero no esté vinculado a la persona de derecho público demandada ni realice actividades vinculadas al servicio público; y iii) que el hecho del tercero sea imprevisible e irresistible para la entidad. Adicionalmente, sobre la revisión del actuar del tercero en la producción del daño, esta Sección ha precisado que no se requiere que el tercero haya actuado con culpa, porque la relación causal es un aspecto de carácter objetivo. Empero, para que excluya la responsabilidad de las entidades demandadas, debe haber constituido la causa determinante.”

NOTA DE RELATORÍA: Respecto de los requisitos para la configuración del hecho del tercero, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de noviembre de 2014, rad. 32425, C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 19 de julio de 2022, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 08001-23-31-000-2010-00905-01\(44839\) proceso acumulado 08001-23-31-000-2011-01170-01\(57469\).](#)

## **8. Por excluir irregularmente al demandante del proceso contractual a quien se le causó un daño antijurídico autónomo por pérdida de oportunidad, se declara nulidad absoluta del contrato y nulidad de la resolución por medio de la cual se adjudicó el proceso de selección abreviada por subasta inversa.**

*Síntesis del caso:* El municipio de Yopal adelantó proceso de selección abreviada por subasta inversa con el objeto de contratar la “adquisición de mobiliario de dotación y elementos según especificaciones técnicas con destino a los centros vida como estrategia de optimización en la atención integral del adulto mayor en el municipio de Yopal departamento de Casanare”. El comité evaluador rechazó la propuesta del demandante, porque no cumplió con los requisitos de la ficha técnica y, por tanto, no participó de la etapa de subasta. Mediante Resolución, el municipio de Yopal adjudicó el proceso de selección de la subasta a quien realizó el lance más bajo. El ente territorial y el oferente adjudicatario celebraron el Contrato No. 1609. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 255 del 15 de diciembre de 2015, por medio de la cual se adjudicó el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. MYCA-SAS-SA-036-2015, y su consecuente restablecimiento del derecho; y la nulidad absoluta del Contrato No. 1609 del 17 de diciembre de 2015, celebrado por el ente territorial, porque, según aduce, su propuesta cumplió con las condiciones técnicas establecidas en el pliego, las cuales, en todo caso, eran subsanables toda vez que no asignaban puntaje, de tal suerte que, ante cualquier falencia consignada en la ficha técnica, la entidad pública debió solicitar su subsanación en lugar de proceder al rechazo y de esta manera habilitarla para participar en la subasta. Además, aduce que su propuesta era la mejor, es decir, la más baja, razón por la cual solicita el reconocimiento de la utilidad dejada de percibir por la no adjudicación del contrato.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SELECCIÓN ABREVIADA DEL CONTRATISTA POR SUBASTA INVERSA / SUBSANACIÓN DE LA OFERTA / RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SUBSANACIÓN DE LA OFERTA / REGLAS PARA LA SUBSANACIÓN DE LA OFERTA / TÉRMINO PARA LA SUBSANACIÓN DE LA OFERTA / PROPUESTA DEL PROPONENTE / CALIFICACIÓN TÉCNICA DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / ELIMINACIÓN DE LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA TÉCNICA DE LA OFERTA / FACTORES DE EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / OBSERVACIÓN A LA PROPUESTA DEL PROPONENTE / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ADJUDICACIÓN / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO / USO INDEBIDO DE LA FACULTAD DE RECHAZO DE LA OFERTA PRESENTADA A LA ADMINISTRACIÓN / ACTO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL**

*Problema jurídico 1:* ¿Se vulneró el debido proceso contractual al impedir al oferente subsanar la oferta frente a la información que no afectaba la asignación del puntaje?

Tesis 1: “[L]a Sala estima que la propuesta formulada al cierre del proceso por el oferente [...], no cumplió con las condiciones técnicas previstas en el pliego de condiciones del proceso de selección abreviada por subasta inversa [...]. [L]a posición asumida por la entidad pública resultó acorde con el pliego, toda vez que

ciertamente el documento aportado por el oferente [...], contentivo de la relación de los 234 bienes y elementos a ofertar, al tratarse de una mera transcripción de los requisitos técnicos establecidos por la entidad, no podía ser tenido en cuenta para la evaluación de su oferta, como lo pretendía la parte actora. [...] [L]a Sala estima que en el asunto sub judice le asiste razón a la parte actora cuando afirma que las falencias advertidas por la entidad pública demandada respecto del componente técnico de su oferta eran subsanables y, por tanto, no había lugar a que su oferta fuese rechazada [...]. [S]i bien de conformidad con lo establecido en el artículo 30.8 de la Ley 80 de 1993 no está permitido que los oferentes completen, adicionen, modifiquen o mejoren sus propuestas, esta norma, tal y como lo ha manifestado esta Corporación, debe interpretarse de forma armónica con aquellas que establecen la posibilidad en cabeza de las entidades públicas de solicitar a los proponentes aclaraciones y explicaciones frente a sus propuestas (Ley 80 de 1993, art. 30.7 ), así como también con las que determinan el alcance de la subsanabilidad de las propuestas (para nuestro caso el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007), de lo que se concluye que resulta posible, en cierta medida, completar, adicionar, modificar o mejorar las ofertas, pero únicamente en lo que corresponde a los requisitos que expresamente permite la ley, que para el caso concreto y en virtud del régimen legal aplicable resultan ser “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje”, de tal suerte que en el caso concreto se puede concluir que la adición de la información acerca de la capacidad técnica de los ítems 9, 79 y 103 no implicaba una mejora en la oferta del proponente [...], comoquiera que, además de que el régimen aplicable en punto de la subsanabilidad le permitía subsanar cualquier requisito que no asignara puntaje, la subsanación de este yerro no implicaba que el oferente modificara su oferta económica, que en estricto sentido era el único requisito ponderable. De hecho, el oferente no tenía que añadir un nuevo ítem a su propuesta o modificar la marca de alguno de los presentados al cierre del proceso, tan solo debía informar acerca de la capacidad técnica de los ítems 9, 79 y 103, para de esta manera determinar si los mismos cumplían o no con las condiciones establecidas en la ficha técnica. [...] [E]l ente territorial desconoció el pliego de condiciones en punto de la subsanabilidad de las ofertas [...]. [E]l municipio de Yopal violó el parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y desconoció las reglas del proceso en relación con la posibilidad de subsanar documentos, lesionando con ello el debido proceso administrativo amparado por el artículo 29 de la Constitución Política, que rige todos los procedimientos administrativos y entre ellos el de selección de los contratistas, pues en efecto rechazó la propuesta del demandante de forma injustificada, toda vez que debió haberle permitido subsanarla, motivo por el cual se revocará la sentencia apelada, para, en su lugar, declarar la nulidad de la Resolución No. 255 del 15 de diciembre de 2015 proferida por el municipio de Yopal.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la posibilidad de subsanación de la oferta, pueden consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de noviembre de 2014, rad. 27986, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia de 26 de febrero de 2014, rad. 25804, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia de 12 de junio de 2014, rad. 21324, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia de 12 de noviembre de 2014, rad. 29855, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia de 10 de diciembre de 2018, rad. 39066, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / TIPOS DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / NULIDAD DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / MEJOR OFERENTE / SELECCIÓN ABREVIADA DEL CONTRATISTA POR SUBASTA INVERSA / EVALUACIÓN DE LA PROPUESTA TÉCNICA DE LA OFERTA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA / NEGACIÓN DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Problema jurídico 2:** *¿Cuándo se controvierte la legalidad del acto de adjudicación, procede el restablecimiento automático del derecho para el oferente interesado?*

**Tesis 2:** “[C]uando se pretende la nulidad del acto de adjudicación y como consecuencia de esta declaratoria, el reconocimiento de la respectiva indemnización, por considerar que su propuesta era la mejor, para que prosperen las pretensiones de restablecimiento del derecho le corresponde a la parte actora no solamente probar los cargos de ilegalidad formulados contra el acto administrativo acusado, sino también acreditar que su propuesta es la mejor o más favorable para la administración, es decir, que su ofrecimiento debió verse favorecido con la adjudicación. [...] No obstante, en anteriores ocasiones esta Sección ha considerado que en eventos en los cuales se prive al oferente de participar en la adjudicación por hechos atribuibles a la administración, resulta procedente el reconocimiento de los perjuicios

causados con la pérdida de oportunidad de participar en esta etapa, siempre y cuando se demuestre que se encontraba habilitado para participar en la misma. [...] En este orden de ideas, comoquiera que dentro del proceso no está acreditado que el oferente [...] hubiese satisfecho todas las condiciones previstas en la ficha técnica, puntualmente los patrones mínimos de desempeño del ítem 9, se concluye que su ofrecimiento no satisfizo las condiciones técnicas de la oferta y, por tanto, no se encontraba habilitado para participar en la subasta, de tal suerte que no está acreditado que se le haya privado de la oportunidad de participar en la misma. Según se observa, la parte actora no cumplió con la carga probatoria que le correspondía, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de donde el restablecimiento reclamado requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal *onus*, impide su reconocimiento.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la carga de acreditar la favorabilidad de la propuesta además de los cargos de nulidad del acto de adjudicación, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de diciembre de 2018, rad. 39066, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sobre el reconocimiento de perjuicios frente a la pérdida de oportunidad de participación en proceso de selección contractual, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de agosto de 2018, rad. 38339, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia de 15 de junio de 2000, rad. CE-SEC3-EXP2000-N10963, C. P. Ricardo Hoyos Duque; y sentencia de 28 de mayo de 1998, rad. 10539, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

**NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA / PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO / RESTITUCIONES MUTUAS / NEGACIÓN DE RESTITUCIONES MUTUAS / IMPROCEDENCIA DE RESTITUCIONES MUTUAS / DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / ACREDITACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / TASACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**

**Problema jurídico 3:** *¿La nulidad absoluta del contrato se sana por la ocurrencia de la prescripción extintiva?*

**Tesis 3:** “La Sala declarará la nulidad absoluta del Contrato No. 1609 del 17 de diciembre de 2015 [...]. [E]l artículo 2º de la Ley 50 de 1936, en la nueva redacción que le dio al artículo 1742 del C. C., expresa que la nulidad absoluta se sana “en todo caso” por prescripción extraordinaria. Por consiguiente, cualquiera que sea la causa que da origen a la nulidad absoluta, transcurrido el término de la prescripción extraordinaria no podrá pedirse ni decretarse porque el legislador, en procura de la seguridad jurídica, ha fijado un límite temporal a la posibilidad de cuestionar los negocios jurídicos. En el sub examine se tiene que la prescripción extintiva, cuyo término es de 10 años acorde con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 791 de 2002, norma vigente para el momento en que se celebró el Contrato (17 de diciembre de 2015), se vio interrumpida el 20 de junio de 2016 con la presentación de la demanda [...], esto es, dentro del término dispuesto en el artículo 94 del Código General del Proceso, de tal suerte que en el caso concreto la nulidad absoluta no se encuentra saneada por prescripción. La declaratoria de nulidad absoluta de un contrato, o de una de sus cláusulas cuando quiera que el vicio recaiga solamente sobre alguna de ellas, genera como efectos: (i) su desaparición del mundo jurídico; (ii) la extinción de todas las obligaciones derivadas del mismo; y (iii) retrotrae la situación de las partes al estado en que se encontraban, como si el contrato o la cláusula no hubieran existido. [...] Bajo el anterior contexto, en los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 cuando se declare la nulidad absoluta del contrato, las partes tienen derecho a ser restituidas por el valor equivalente a las prestaciones ejecutadas, restituciones que, no obstante, no proceden en todos los casos como lo ha indicado esta Corporación, por ejemplo, en aquellos en los que resulta materialmente imposible efectuarlas. En el presente caso, la Sala se abstendrá de reconocer restitución alguna en favor de las partes del contrato [...], comoquiera que, dentro del proceso, además de que no existe prueba de su causación, de conformidad con el plazo pactado se puede inferir que para la fecha de la presente providencia el contrato ya se ejecutó y finalizó.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el saneamiento de la nulidad absoluta del contrato por prescripción extraordinaria, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de junio de 2013, rad. 26637, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 15 de diciembre de 2017, rad. 50045, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 23 de junio de 2010, rad.18294, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia de 16 de febrero de 2006, rad. 13414, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 6 de febrero de 2019, rad. 61720, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

**ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CLASES DE ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES / PROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / REQUISITOS DE LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / CONEXIDAD / COMPETENCIA DEL JUEZ / PRETENSÓN PRINCIPAL / PRETENSÓN SUBSIDIARIA / INEXISTENCIA DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL**

**Problema jurídico 4:** *¿De conformidad con lo establecido en la ley, se pueden acumular pretensiones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa?*

**Tesis 4:** “[E]l artículo 165 del CPACA determina que se pueden acumular pretensiones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, siempre y cuando se satisfagan las siguientes exigencias: que las pretensiones sean conexas [...]; que el juez sea competente para conocer de todas [...]; que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias [...]; que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas [...]; y (iv) que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento [...]”

**CONTRATO ESTATAL / SELECCIÓN ABREVIADA DEL CONTRATISTA / MODALIDADES DEL CONTRATO / OFERTA / SUBSANACIÓN DE LA OFERTA / SUBASTA INVERSA / SELECCIÓN ABREVIADA DEL CONTRATISTA POR SUBASTA INVERSA**

**Problema jurídico 5:** *¿Cuáles son las modalidades establecidas por el legislador para la procedencia del proceso de selección abreviada para la contratación pública?*

**Tesis 5:** “[D]e conformidad con el numeral 2, del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, el procedimiento de selección abreviada corresponde a la modalidad de selección prevista para aquellos casos en los que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual. La mencionada norma dispuso que dicha modalidad estaba integrada por 9 causales, respecto de las cuales no estableció un único procedimiento, aun cuando en el párrafo 2 fijó reglas generales aplicables a los procedimientos de todas ellas sin distinciones y previó, junto con el párrafo 5, reglas particulares respecto de los procedimientos atinentes a las causales contenidas en los literales a) y b) del numeral 2 del mencionado artículo 2º. [...] Precisamente, el Decreto 1082 de 2015 desarrolló el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, y reglamentó, entre otras cosas, lo atinente a la subasta inversa.”

**SUBSANACIÓN DE LA OFERTA / TÉRMINO PARA LA SUBSANACIÓN DE LA OFERTA / PRINCIPIO DE ECONOMÍA / PRINCIPIO DE ECONOMÍA DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / JUEZ NATURAL**

**Problema jurídico 6:** *¿Es procedente subsanar las ofertas en el marco del proceso de selección contractual y cuál es la oportunidad?*

**Tesis 6:** “[E]n cuanto, a la posibilidad y alcance de subsanar las ofertas, fue superado con la expedición de la Ley 80 de 1993, estatuto a partir del cual, en virtud del principio de economía y privilegiando lo sustancial sobre lo formal, se consideró que las ofertas no podían rechazarse ante cualquier error de forma. [...] [C]on la expedición de la Ley 1150 de 2007, el criterio general que introdujo la Ley 80 de 1993 en torno a la posibilidad de subsanar los requisitos del pliego que no fueran necesarios para comparar las propuestas resultó despejado, toda vez que dicha norma dispuso expresamente que los requisitos subsanables eran todos aquellos que no afectaran la asignación de puntaje y, por tanto, ante la ausencia de los mismos, la entidad estaba facultada para solicitar al oferente la corrección de su propuesta. [...] [E]n virtud de la Ley 1882 de 2018, que rige en la actualidad, se modificó el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 en el sentido de determinar que los requisitos que no asignen puntaje pueden ser subsanados hasta el término de traslado de los informes de evaluación, salvo para los procesos de mínima cuantía y de selección abreviada, y dispuso que los proponentes, durante este término, no pueden subsanar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. [...] Así, de cara al desarrollo normativo antes expuesto en punto al

régimen de subsanabilidad de las ofertas, corresponderá al juez del contrato, en cada caso, determinar la normativa aplicable, con el fin de establecer el alcance y las condiciones en las que procede la subsanación de las ofertas.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia y reglas de subsanabilidad de la oferta, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de noviembre de 2014, rad. 27986, C. P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de abril de 2022, C. P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 85001-23-33-002-2016-00146-01 \(61395\).](#)

## SECCIÓN CUARTA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Se anula parcialmente el Concepto 100208221-469 del 23 de abril de 2020, en el que la DIAN instruyó a los agentes de retención del impuesto solidario por el COVID 19, sobre la aplicación del Decreto Legislativo 568 de 2020, que creó dicho tributo.

*Síntesis del caso: El Decreto Legislativo 568 de 2020 creó el impuesto solidario, normativa que en los artículos 1 a 8 reguló sus elementos esenciales (sujetos pasivos, hechos generador, base gravable y tarifa), así como las reglas de causación, administración y recaudo, para lo cual se habilitaron agentes de retención en la fuente. Dicho decreto fue desarrollado por el Concepto DIAN 100208221-469 del 23 de abril de 2020, en el que se instruyó a los agentes de retención del impuesto sobre la aplicación del citado decreto legislativo 568 de 2020. En la sentencia C-293 de 2020, la Corte Constitucional declaró inexecutable los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto 568 de 2020, decisión a la que le imprimió efectos retroactivos, los cuales dejaron sin objeto el Concepto acusado por pérdida de su fundamento jurídico, en cuanto se fundó en tales disposiciones. Por lo anterior, se declaró la nulidad de los apartes del Concepto DIAN 100208221-469 de 2020 que desarrollaron los artículos 1 al 8 del Decreto 568 de 2020.*

**IMPUESTO SOLIDARIO POR COVID 19 - Creación y finalidad / INEXEQUIBILIDAD DEL IMPUESTO SOLIDARIO POR COVID 19 / EFECTOS DE LA INEXEQUIBILIDAD DEL IMPUESTO SOLIDARIO POR COVID 19 / EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / INSTRUCCIONES A LOS AGENTES DE RETENCIÓN DEL IMPUESTO SOLIDARIO POR COVID 19 - Ilegalidad parcial del Concepto DIAN 100208221-469 del 23 de abril de 2020 / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

*Problema jurídico: ¿Se ajusta a la legalidad el Concepto 100208221-469 del 23 de abril de 2020, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN?*

**Tesis:** “Para generar nuevas fuentes de recursos, apoyar a la clase media vulnerable y a los trabajadores independientes, y apaciguar los efectos humanitarios y económicos de la pandemia, el Decreto 568 de 2020, creó el impuesto solidario con destinación específica de inversión social en la clase media vulnerable y en los trabajadores informales, a partir del 01 de mayo de 2020, y hasta el treinta 31 de julio de la misma anualidad, que fue desarrollado por el concepto demandado, con precisiones concretas sobre el hecho generador, los sujetos pasivos, la base gravable, la tarifa y otros aspectos relacionados con la aplicación de retención en la fuente para recaudarlo. De acuerdo con su naturaleza de cuerpo normativo expedido en desarrollo del estado de excepción previsto en el artículo 215 de la CP, el Decreto legislativo 568 de 2020 fue objeto del control automático de constitucionalidad, que el numeral 7 del artículo 241 ib asignó a la Corte Constitucional y que dicha autoridad realizó en Sentencia C-293 del 5 de agosto de 2020, la cual dispuso: “PRIMERO: Declarar INEXEQUIBLES los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto Legislativo 568 de 2020 “Por el cual se crea el impuesto solidario por el COVID 19, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020”. Esta decisión tendrá efectos **RETROACTIVOS**. En consecuencia, los dineros que los sujetos pasivos del impuesto han cancelado se entenderán como abono del impuesto de renta para la vigencia 2020, y que deberá liquidarse y pagarse en 2021.” Las normas declaradas inexecutable crearon el impuesto solidario por el COVID 19, regularon sus elementos esenciales (sujetos pasivos, hechos generador, base gravable y tarifa), así como las respectivas reglas de causación, administración y recaudo, para lo cual se habilitaron agentes de retención en la fuente. Con el fin de fundamentar la decisión judicial, la Corte Constitucional concluyó que el decreto analizado no superaba los juicios de no contradicción específica, no discriminación, motivación suficiente y necesidad fáctica (...) Los efectos de exequibilidad de la Sentencia C-293 de 2020, cuyos fundamentos esenciales acaban de mencionarse, la cual está ejecutoriada a la fecha, dejó desprovisto de objeto al concepto demandado en el presente medio de control, pues este se pronunció sobre la aplicación del impuesto creado y regulado por el Decreto Legislativo 568 de 2020 y, en esa medida, desapareció el fundamento jurídico de dicho concepto, al tiempo de configurarse una causal de pérdida de fuerza ejecutoria que incide en los juicios de legalidad instaurados contra dicho precepto demandado, en el marco de la regla general de los artículos 21 del Decreto 2067 de 1991 y 45 de la Ley 270 de 1996, según la cual,

«los fallos de la Corte Constitucional tienen el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares». Además, los juicios de legalidad proferidos sobre los actos sujetos a control en los términos del artículo 241 de la CP, como ocurre con la sentencia C-293 de 2020, «tienen efectos hacia el futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario». En ese sentido, la Corte puede determinar consecuencias temporales diferentes para sus fallos de inexecutableidad, cuando existen razones constitucionales que hagan necesaria la variación de la regla general de efectos ex nunc, difiriendo la aplicación de la parte resolutoria del fallo o retro trayendo sus efectos, para garantizar la supremacía e integridad de la Carta Política bajo la determinación de si alguna disposición normativa la desconoce, y del momento desde el cual los preceptos incompatibles con la Constitución deben entenderse expulsados del ordenamiento jurídico. De hecho, las sentencias C-037 de 1996 y SU-037 de 2019 resaltaron que la Corte Constitucional es la única autoridad con facultad para modular los efectos temporales de sus sentencias, a partir de criterios que procuran la mayor eficacia de la Constitución Política en cada asunto, sin que ningún operador jurídico pueda adoptar decisiones que desconozcan esa competencia, en contravía de los principios constitucionales de separación de poderes, de seguridad jurídica y del mandato del artículo 45 de la Ley 270 de 1996. Los efectos retroactivos dispuestos para la declaratoria de inexecutableidad de la norma creadora del impuesto solidario, junto con la de aquéllas que regularon sus elementos esenciales, da cuenta de la inaplicabilidad de las mismas desde el momento en que entró a regir el Decreto 568 de 2020 y, por tanto, de la carencia de fundamento jurídico del Concepto 100208221-469 del 23 de abril de 2020, en cuanto se fundó en las disposiciones declaradas inexecutableas. No obstante, se precisa que si bien el estudio del concepto acusado partió del análisis propuesto por la demandante sobre la imposición obligatoria del impuesto solidario por COVID - 19 para trabajadores públicos, cuyo fundamento desapareció del mundo jurídico con la declaratoria de inexecutableidad con efectos retroactivos de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Decreto Legislativo 568 de 2020, por parte de la sentencia C-293 de 2020, se advierte que dicho fallo también declaró la executableidad de algunos artículos desarrollados en el concepto demandado; en concreto, en el capítulo V del mismo denominado «OTROS ASPECTOS», cuyo contenido no será objeto de anulación. Lo anterior, teniendo en cuenta que la declaratoria de executableidad de las normas en que sustentó el capítulo V señalado, trae implicaciones en el tributo recaudado de forma voluntaria, en los agentes de retención, en las consecuentes facultades de fiscalización, determinación y demás reglas procedimentales previstas en el ET. En ese orden de ideas, en aplicación del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, la Sala anulará los apartes del Concepto 100208221-469 del 23 de abril de 2020, que desarrollaron los artículos 1 al 8 del Decreto 568 de 2020 -declarados inexecutableas-, excluyendo de tal decisión el Capítulo [sic] V del acto demandado que, como se indicó, se fundó en normas declaradas executableas por la Corte, para lo cual se declarará la nulidad parcial de dicho concepto.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de febrero de 2023, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2020-00010-00 \(25290\).](#)

## **2. El cobro del incentivo creado por el artículo 101 de la Ley 1151 de 2007, a favor de los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de disposición final de residuos sólidos, no está sujeto a la suscripción de un acuerdo de pago entre el municipio y el responsable del relleno.**

*Síntesis del caso:* Se declaró la legalidad de los actos administrativos en los que el municipio de Bojacá liquidó el incentivo para la ubicación de rellenos sanitarios de disposición final de residuos sólidos, a cargo de la parte actora, por los periodos de enero de 2007 al 30 de agosto de 2010 y de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2013. Lo anterior, tras concluir que los actos acusados no incurrieron en falsa motivación al establecer que la demandante es responsable del pago del incentivo, el cual reúne las características de un tributo, toda vez que su cobro es válido porque no se pagó oportunamente. Al respecto, la Sala precisó que la demandante no puede desconocer que se encuentra obligada al pago, incluso contractualmente, al aceptar la erogación en la modificación del Contrato de Concesión 1 de 2002 realizada el 10 de agosto de 2012 entre las partes, a lo que agregó que no procede la aplicación del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, invocado por la actora, porque se refiere a la imposibilidad de cobrar por bienes y servicios no facturados, pero no regula la forma en que

*los tributos se deben aplicar para su cobro ni prevé que el cobro del incentivo requiera un acuerdo entre las partes, por lo que no le asiste razón a la demandante al asegurar que el legislador la excluyó del tributo al no haberse negociado en el contrato de concesión la tarifa de un servicio público.*

**INCENTIVO PARA LA UBICACIÓN DE SITIOS DE DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS - Creación / COBRO DEL INCENTIVO PARA LA UBICACIÓN DE SITIOS DE DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS – Factura del usuario final del servicio de aseo / TARIFA DEL INCENTIVO PARA LA UBICACIÓN DE SITIOS DE DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS / TARIFA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Ley 142 de 1994 / CARACTERÍSTICAS DE LOS TRIBUTOS / INCENTIVO PARA LA UBICACIÓN DE SITIOS DE DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS - Naturaleza de tributo / INCENTIVO PARA LA UBICACIÓN DE SITIOS DE DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS - Elementos / INOPONIBILIDAD AL FISCO DE LOS CONVENIOS ENTRE PARTICULARES SOBRE IMPUESTOS / COBRO DEL INCENTIVO PARA LA UBICACIÓN DE SITIOS DE DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS - No requiere la suscripción de un convenio entre el municipio y el responsable del relleno sanitario / SUSCRIPCIÓN DE CONVENIO PARA EL COBRO DEL INCENTIVO PARA LOS MUNICIPIOS DONDE SE UBIQUEN RELLENOS SANITARIOS DE DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS – No obligatoriedad**

*Problema jurídico: ¿Los actos administrativos en los que el municipio de Bojacá liquidó el incentivo para la ubicación de sitios de disposición final de residuos sólidos para los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de carácter regional, a cargo de la parte actora y respecto de los periodos de enero de 2007 al 30 de agosto de 2010 y de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2013 están viciados por falsa motivación?*

**Tesis:** “El artículo 101 de la Ley 1151 de 2007 (...) creó un incentivo para los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de residuos sólidos con una tarifa del 0.23% del smmlv por tonelada. El mencionado incentivo fue regulado por la Resolución CRA 429 del 25 de septiembre de 2007 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en el que en el artículo 1 se determinó que el mencionado incentivo se debe cobrar en la factura del usuario final, por lo que se encontraba regulado el incentivo a diferencia de lo expresado por la demandante en el escrito de apelación. El artículo 101 de la Ley 1151 de 2007 fue derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, pero en la misma ley en el artículo 251 se conservó el incentivo municipal de rellenos sanitarios (...) De acuerdo con la norma, el incentivo continuó con una nueva tarifa, regulada mediante el Decreto 920 del 8 de mayo de 2013 expedido por el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, el cual en su artículo 5 de forma clara y específica determinó que la no suscripción de acuerdo del pago del incentivo no exime al ente recaudador de su pago. (...) Ahora, la demandante argumenta que no es responsable del pago del incentivo en los periodos discutidos, debido a que se encuentra en una excepción legal establecida en el parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 (...) La Sala advierte, que la Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones” establece la forma de determinar el valor de la tarifa de los servicios públicos domiciliarios, pero no regula la forma en que los tributos deben ser aplicados para su cobro, ni hace mención a que “el incentivo” requiera un acuerdo entre las partes para ser cobrado, por lo que no le asiste razón a la demandante en asegurar que el legislador los excluyó del tributo al no haberse negociado en el contrato de concesión. En este orden de ideas, se advierte que el Tribunal resolvió el problema jurídico planteado, debido a que en el fallo de primera instancia se advierte a la demandante, que no es un requisito del tributo la negociación de la tarifa de un servicio público. En relación con las características de los tributos, la Corte Constitucional en sentencia C-134 de 2019 determinó lo siguiente: “3.1. El Estado exige cargas económicas a los particulares en función de la realización de sus cometidos y, específicamente, prestaciones avaluables en dinero como medio financiero de la actividad estatal. Así, en términos generales, son tributos las prestaciones pecuniarias establecidas por la autoridad estatal, en ejercicio de su poder de imperio, para el cumplimiento de sus fines. Los tributos consisten en impuestos, contribuciones y tasas (como se desprende del artículo 338 de la Constitución Política), según la intensidad del poder de coacción y el deber de contribución implícito en cada modalidad.” De acuerdo con la definición de tributo, el “incentivo para los municipios donde se ubiquen rellenos sanitarios de carácter regional” tiene características fiscales al ser determinado legalmente para el funcionamiento público. Adicionalmente, cumple con los elementos de los tributos de acuerdo con lo siguiente: - Sujeto activo: Municipios en los que se encuentren los rellenos sanitarios. - Sujeto pasivo: Los usuarios del servicio de aseo. - Hecho generador: Acceder a rellenos sanitarios de disposición final en el territorio de municipios. - Base gravable: Número de toneladas - Tarifa: 0.23% por cada tonelada desde ley de 2007 y entre 0.23% y 0.69% por tonelada luego de ley de 2011. - Entes recaudadores: Prestadores de servicio de disposición final de los residuos sólidos. En este orden de ideas, los acuerdos entre particulares no eximen a los particulares del

pago de tributos, por lo que la demandante no puede escudarse del pago al fisco argumentando lo ordenado por una norma que se refiere al valor de tarifas y no al valor de un tributo. En consecuencia, no le asiste la razón a la demandante en determinar el cumplimiento de una norma especial, que no se refiere a una norma tributaria. (...) En cuanto a lo estipulado en el Contrato de Concesión 1 de 2002 y en su modificación de 10 de agosto de 2012, es cierto que afecta a las partes firmantes de acuerdo con el artículo 1257 del Código Civil, pero no puede oponerse al pago del tributo en consideración con lo expuesto previamente. Adicionalmente, se advierte que el valor del pago del incentivo se reconoció por las partes en la modificación del Contrato de Concesión 1 de 2002 realizado el 10 de agosto de 2012 (...) De acuerdo con el aparte de la modificación del contrato, las partes aceptan el pago del incentivo, razón por la que el demandante no puede desconocer que se encuentra obligado a su pago incluso contractualmente, por lo que no puede alegar su imposibilidad de pago y recaudo al aceptarlo en una negociación contractual. (...) no se advierte una aplicación retroactiva de la norma tributaria, ya que el tributo nació mediante ley del año 2007, por lo que su cobro es válido al no haberse pagado de forma oportuna por la demandante, y no procede la aplicación del artículo 150 de la Ley 142 de 1994, porque hacer referencia a la imposibilidad de cobro por bienes y servicios no facturados, pero no hace referencia a la imposibilidad de cobrar tributos de forma específica. En cuanto a la liquidación de los actos demandados, la Sala aclara que proviene de la modificación del contrato de Concesión 1 de 2002 realizado el 10 de agosto de 2012 en el que las partes acordaron los valores, pero no existe prueba en el expediente en que efectivamente el cálculo del valor adeudado incluya valores en los que la norma o la regulación no tuvieran efecto. En el mismo sentido, en cuanto al cálculo de septiembre de 2010 al 31 de diciembre de 2013 del incentivo no existe prueba en el expediente en el que se concluya, que el cálculo se realizó cuando no existía la regulación, por lo que al establecerse por las partes en la modificación del contrato aceptaron el valor determinado, por lo que no se puede establecer que la aplicación de las normas tributarias haya sido retroactiva. Se advierte, que pese a que la demandante alega que solo actúa como operador del sitio de aseo de disposición final y que no tiene control de las tarifas que se recaudan dentro del servicio de aseo, la actora en la modificación del contrato de concesión efectuada el 10 de agosto de 2012 acepta que puede afectar las tarifas de recolección al aceptar el incentivo y no prueba si otra entidad es la encargada de las tarifas. Además, en el escrito de demanda y en el Contrato de Concesión 1 de 2002 aclara que puede negociar tarifas con su contraparte, para determinar los valores de cobro a los usuarios. De acuerdo con lo expuesto y al no encontrarse prueba del pago del incentivo en el expediente, la Sala advierte que la demandante no desvirtuó la legalidad de los actos demandados, en consecuencia, no prosperan los cargos de apelación.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de febrero de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2015-01087-01 \(25880\).](#)

### **3. Se precisa el alcance de los principios de moralidad administrativa y confianza legítima, así como de la teoría de respeto del acto propio, en el marco de la relación jurídico tributaria.**

*Síntesis del caso: La actora omitió el pago de las retenciones de noviembre y diciembre de 2015 y acudió a la DIAN para solicitar la liquidación de la deuda por esos períodos. La División de Gestión de Cobranzas de la Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes remitió correos electrónicos en los que informó los valores de las retenciones, sanciones e intereses, con base en los cuales la contribuyente presentó y pagó sus declaraciones. La DIAN remitió el estado de cuenta de la obligación financiera a dicha sociedad, en el que no informó deudas por las retenciones en la fuente de los periodos referidos, pese a lo cual, posteriormente, señaló que las declaraciones continuaban en situación de ineficacia por falta de pago de la totalidad de los intereses de mora. Por lo anterior, la sociedad radicó petición para que se tuviesen como válidas las declaraciones, en atención a la liquidación remitida por la propia DIAN y el estado de cuenta, solicitud que se negó con el argumento de que la contribuyente era responsable directa de la liquidación de los intereses moratorios y no los funcionarios de la DIAN, sin indicar cuál fue el error en la liquidación ni por qué los pagos eran inexactos. La Sala confirmó la sentencia apelada que anuló los actos acusados, porque concluyó que la Administración vulneró los principios de buena fe, confianza legítima y respeto al acto propio, por cuanto la sociedad presentó las declaraciones con base en la información reportada por la DIAN, circunstancia que fue desconocida posteriormente cuando se le informó que las obligaciones persistían por falta de pago de todos los intereses moratorios. Al respecto se precisó que si*

*bien los estados de cuenta tienen carácter netamente informativo y que no constituyen fuente de la obligación tributaria, en el caso concreto, la Administración, en forma previa a la emisión del estado de cuenta, desplegó una actuación en virtud de la cual informó al contribuyente la liquidación de las obligaciones en mora, que fue la que generó una confianza legítima digna de protección, que se reforzó, posteriormente, con la expedición del estado de cuenta. En ese sentido, insistió en que no fue el estado de la obligación financiera individualmente considerado lo que originó la expectativa razonable de que la deuda se canceló, sino la liquidación de las obligaciones que se confirmó ulteriormente por la información plasmada en el estado de cuenta. Para finalizar precisó que no se trata de condonar la deuda o de que la DIAN renuncie a su cobro, sino de tutelar el derecho de la demandante a exigir una actuación leal, racional y de buena fe al Estado, de velar por el respeto a la palabra empeñada, en sujeción al artículo 83 constitucional, y de garantizar el respeto irrestricto por la legítima confianza de los ciudadanos en las instituciones estatales y, en particular, en la Administración Tributaria, quien tiene a su disposición, de primera mano, la información veraz y actualizada de las obligaciones de los contribuyentes.*

**PRINCIPIOS DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE BUENA FE / PRINCIPIO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Alcance como principio de la función pública / PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA / TEORÍA DE RESPETO DEL ACTO PROPIO – Alcance y requisitos / DIVISIONES DE GESTIÓN DE COBRANZAS DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN – Funciones y obligaciones de gestión documental / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA RESPECTO DE LAS AUTORIDADES TRIBUTARIAS – Manejo de los sistemas de información sobre el estado de las obligaciones de los contribuyentes / ESTADO DE CUENTA TRIBUTARIO – Naturaleza jurídica. Reiteración de jurisprudencia / VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONFIANZA LEGÍTIMA Y DE LA TEORÍA DE RESPETO DEL ACTO PROPIO – Configuración**

**Problema jurídico:** *¿Las declaraciones de retenciones en la fuente de los períodos 11 y 12 de 2015 que presentó la demandante con base en la información que le suministró la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes gozan de eficacia, al desconocer dicha entidad los principios que rigen las actuaciones administrativas?*

**Tesis:** “[L]a actuación de la demandante tuvo como sustento lo informado por la demandada, de ahí que cuando la Autoridad Tributaria desconoce las declaraciones presentadas se alegue la violación de los principios que rigen las actuaciones administrativas. Sobre el particular se ha pronunciado en el Consejo de Estado, en especial sobre la moralidad administrativa, la cual se entiende como un mandato de textura abierta con una condición dual: por un lado, se erige como un derecho colectivo, derivado del artículo 88 de la Constitución Política, y, por el otro, como un principio de la función pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 de la Carta. Como principio, contenido además en el numeral 5 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se concreta en la forma de cumplimiento de la función pública que exige un irrestricto apego a la Constitución y la ley y la búsqueda constante de la satisfacción del interés general, y, a su vez, se materializa en un catálogo de deberes traducidos en estándares de conducta para los funcionarios del Estado. Así, la moralidad administrativa impone un mandato de actuación en forma recta, leal y honesta, permeado por otros principios constitucionales como el de buena fe, pero también exige eficacia y eficiencia en el despliegue de los poderes de la Administración Pública. Correlativamente, dicho deber trae implícito un derecho para el ciudadano cual es la posibilidad de exigir la racionalidad de la actuación administrativa y los más altos estándares de conducta a los funcionarios públicos, lo que en otras jurisdicciones se positiviza como un derecho fundamental autónomo “a la buena administración”. En el marco de la relación jurídico-tributaria, la doble faceta de la moralidad administrativa como principio de la función pública y como derecho juega un papel fundamental en el análisis de las actuaciones de la Autoridad Tributaria, pues no basta con la sujeción estricta a los procedimientos regulados por la Ley sino que los funcionarios del fisco deben buscar la plena garantía de los derechos del contribuyente, obrando diligentemente para evitar disfuncionalidades y la causación de perjuicios derivados de sus propias actuaciones. En la búsqueda por la efectividad de los derechos y garantías del contribuyente, cobra especial relevancia el principio constitucional de buena fe, contenido en el artículo 83 de la Constitución Política. La Corte Constitucional ha reconocido el rol de la buena fe como principio regulador de las relaciones entre los particulares y el Estado y lo ha entendido como: “una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz

*del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto sus efectos usuales (...)* De lo anterior, es dable concluir que la buena fe exige un comportamiento leal y honesto por parte de los funcionarios públicos y de los administrados que genera una confianza objetivamente fundada en el comportamiento de unos y otros. De allí que la jurisprudencia de la Sala ha advertido que, como expresiones del principio constitucional de buena fe, surgen otros principios y reglas aplicables a la relación entre la Administración y el ciudadano tales como la confianza legítima y el respeto al acto propio. Sobre la primera, la Sección explicó que: *“es un principio o valor que se encuentra íntimamente ligado con la buena fe y su aplicación propende por la protección de las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto. Dichas expectativas, valga decir, deben fundarse en hechos o circunstancias objetivas, capaces de propiciar el surgimiento de la confianza, de manera, que no toda probabilidad puede ser protegida mediante este precepto, pues necesariamente tendrá que ser una proyección seria, que tenga la fuerza de llevar al administrado a la convicción de que su situación jurídica es una y no cualquiera otra, en particular, que bajo ciertas condiciones, se hará acreedor de un derecho o mantendrá uno ya adquirido.”* Por su parte, la teoría del respeto del acto propio: *“es una expresión del principio general de la buena fe y está prevista como un mecanismo de protección de los intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos que obliga a otro a mantener un comportamiento coherente con los propios actos, habida cuenta de que la conducta de una persona puede ser determinante en el actuar de otra. Surge como una prohibición de actuar contra el acto propio.”* Para que se materialice el respeto a esta figura, la jurisprudencia de esta Sección y de la Corte Constitucional, han señalado que deben presentarse tres requisitos de forma concurrente: *“i) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. Esa primera conducta debe ser jurídicamente relevante y eficaz porque es el comportamiento que se tiene dentro de una relación jurídica que afecta unos intereses vitales y que suscita la confianza del destinatario de la conducta. Asimismo, debe haber una conducta posterior que sea contraria a la anterior. ii) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa debido a la contradicción entre la conducta anterior y la posterior, atentatoria de la buena fe existente entre ambas conductas. Esta nueva conducta, que en otro contexto resultaría lícita, en ese caso es inadmisibles por ser contraria a la primera conducta. iii) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas”.* En el caso concreto, sea lo primero precisar que el numeral 8 del artículo 9 de la Resolución 9 de 2008, proferida por la DIAN, impone en cabeza de las Divisiones de Gestión de Cobranzas la obligación de realizar toda la gestión documental tendiente a mantener actualizado el estado de la obligación financiera del contribuyente. Esta obligación debe interpretarse en forma sistemática con aquellas establecidas en el artículo 15 ibídem, que son comunes a todas las dependencias de la Administración Tributaria Nacional, particularmente las contempladas en los numerales 7 y 8, que exigen mecanismos para retroalimentar a los contribuyentes para prestar un servicio eficiente y la continua actualización de la información administrada por la entidad. Este catálogo de deberes se inspira en el principio de moralidad administrativa que exige, como se advirtió previamente, una conducta leal pero también eficiente, eficaz y racional por parte de la Administración Tributaria, quien tiene a su alcance los sistemas y la información actualizada sobre el estado de las obligaciones de los contribuyentes, incluyendo los saldos pendientes de pago. La DIAN, en el recurso de apelación, afirma que es responsabilidad del sujeto pasivo liquidar correctamente sus obligaciones, responsabilidad que no se puede trasladar a la Administración y que, en todo caso, el estado de cuenta no constituye condonación ni libera al contribuyente de su obligación, pues no funge como paz y salvo. Si bien es cierto que, en el marco de un sistema de autoliquidación, corresponde al deudor determinar el contenido pecuniario de sus obligaciones tributarias, también lo es que los contribuyentes tienen el derecho a exigir de la Autoridad Tributaria los más altos estándares de conducta racional y diligente, para evitar perjuicios y disfuncionalidades en el cumplimiento debido de sus obligaciones, en virtud del principio de moralidad administrativa. Esos estándares, con los que se espera que actúe la Administración, son la semilla de la confianza del administrado en el Estado, pues el contribuyente espera que la DIAN provea información veraz, al controlar los sistemas de información de primera mano, en el marco de un actuar correcto y leal derivado del principio constitucional de buena fe. No hay nadie más apto para dilucidar el contenido de las obligaciones tributarias que el ente al cual corresponde su administración, control y fiscalización. No obstante, se requiere de un acto por parte de la Administración para que esa confianza se materialice. En el presente evento, la División de Gestión de Cobranzas informó al demandante, mediante correos electrónicos el 21 de octubre y 30 de noviembre de 2016, el saldo de sus obligaciones correspondientes a las retenciones en la fuente de los períodos 11 y 12 de 2015, con relación del impuesto a cargo, las sanciones e intereses, y con base en dicha información, la sociedad presentó y pagó las declaraciones. Posteriormente, a través de estado de cuenta, la DIAN informó cuáles obligaciones estaban pendientes, dentro de las que no se encontraban las retenciones por dichos períodos. Ambas actuaciones, evidentemente, generaron una expectativa razonable, cierta y fundada que llevó a la plena convicción a la sociedad de que los deberes incumplidos, esto es la omisión en la presentación y pago de las

declaraciones de retenciones en la fuente, habían sido atendidos en debida forma. La actora, confiando plena y legítimamente en la información proporcionada por los funcionarios de la dependencia encargada de mantener actualizados los saldos de la obligación financiera del contribuyente, presentó y pago las declaraciones, segura de que, con base en la palabra otorgada por la entidad, el incumplimiento en que incurrió se había saneado. Con todo, en forma posterior, la DIAN informó a la sociedad que las declaraciones figuraban ineficaces y que, en consecuencia, la obligación estaba pendiente de pago, sin precisar en ninguno de los actos emitidos porqué la obligación estaba en mora. Así, no solo contravino la legítima expectativa de la demandante, sino que también transgredió la prohibición de actuar contra su acto propio, en la medida en que se reúnen los requisitos mencionados anteriormente, por cuanto: *i)* se generó una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz, materializada en la información brindada por la División de Gestión de Cobranzas frente a la liquidación de la obligación y el estado de cuenta, *ii)* el contribuyente presentó y pagó las declaraciones con base en dicha información, lo cual implicó el ejercicio de una facultad, que posteriormente fue desconocida con el estado de la deuda informado sobre la ineficacia de la declaración y *iii)* el sujeto es el mismo en ambas actuaciones, pues el destinatario fue la demandante y la decisión recayó sobre las declaraciones de retención y su eficacia. En lo que respecta a la naturaleza de los estados de cuenta, la Sala no desconoce que estos documentos no constituyen fuente de la obligación tributaria ni tampoco que tienen carácter netamente informativo, tal como se advirtió en la sentencia de 23 de julio del 2020, Exp. 24051, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto. No obstante, en el caso concreto, la Administración, en forma previa a la emisión del estado de cuenta, desplegó una actuación en virtud de la cual informó al contribuyente la liquidación de las obligaciones en mora por concepto de retenciones por los períodos 11 y 12 del 2015 incluyendo el impuesto, las sanciones y los intereses de mora adeudados, circunstancia que fue la que generó una confianza legítima digna de protección, y que se reforzó, posteriormente, con la expedición del estado de cuenta. En ese sentido, no es el estado de la obligación financiera individualmente considerado lo que originó la expectativa razonable de que la deuda se canceló, sino la liquidación de las obligaciones que fue confirmada ulteriormente por la información plasmada en el estado de cuenta. Contrario a lo expuesto por la apelante, no se trata de condonar la deuda o de que la DIAN renuncie a su cobro, sino de tutelar el derecho de la demandante a exigir una actuación leal, racional y de buena fe al Estado, de velar por el respeto a la palabra empeñada, en sujeción al artículo 83 constitucional, y de garantizar el respeto irrestricto por la legítima confianza de los ciudadanos en las instituciones estatales y, en particular, en la Administración Tributaria, quien tiene a su disposición, de primera mano, la información veraz y actualizada de las obligaciones de los contribuyentes. Si bien son los deudores los llamados a liquidar sus acreencias, estos, como administrados tienen todo el derecho a exigir un recto ejercicio de la Administración pública, que sea sinónimo de certidumbre y seguridad jurídica. Por lo cual, la Sala encuentra que la liquidación del tributo generó una expectativa legítima digna de protección, como bien lo señaló el Tribunal.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de febrero de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2018-00094-01 \(26918\).](#)

#### **4. La publicación parcial del acto administrativo general en el medio de publicación escogido por la autoridad para el efecto, vulnera el principio de publicidad de la función administrativa y el debido proceso, toda vez que no garantiza la difusión completa del contenido de los actos normativos a los administrados, lo que les impide conocer el alcance de la regulación en su integridad para que así pueda serles obligatoria y vinculante.**

*Síntesis del caso:* La demandante presentó en el municipio de Barrancabermeja la declaración del impuesto de industria y comercio por el año gravable 2004, con una tarifa del 5.5 %, que aplicó con el argumento de que dicha autoridad la indujo a error al informar en el boletín de prensa territorial que tal tarifa, prevista en el Acuerdo 007 de 2014, regiría para ese año gravable. El municipio liquidó oficialmente el tributo, en el sentido de modificar, entre otros aspectos, la tarifa, que tomó del Acuerdo 032 de 2013, equivalente al 10%, lo cual derivó en un

*mayor impuesto a cargo y en la imposición de multa por inexactitud, decisión que confirmó al resolver el recurso de reconsideración. Tras concluir que el Acuerdo 032 de 2013 no le era oponible a la actora para el referido período, porque se demostró que no se publicó en su integridad el 31 de diciembre de 2013, sino que tuvo múltiples publicaciones parciales durante el año 2014, lo que produjo la violación del principio de publicidad y del derecho de contradicción de la contribuyente, la Sala declaró la legalidad parcial de la liquidación oficial de revisión y, como restablecimiento del derecho reliquidó el tributo y la sanción. Al respecto precisó que, sin perjuicio de los avances en la forma de publicar los actos generales -e incluso particulares-, la inserción del documento en el medio de publicación escogido por la autoridad debe garantizar la difusión del contenido de los actos normativos a los administrados, lo que implica que estos tengan acceso a la totalidad de la norma, pues, de otra forma, no podrán conocer el alcance de la regulación en su integridad para que así pueda serles obligatoria y vinculante. Frente a la solicitud de exculpación de la sanción por inexactitud que invocó la actora, relativa a que su actuación estuvo inducida a error por el anuncio de la aplicabilidad del Acuerdo 007 de 2014 que se hiciera en el boletín de prensa de la alcaldía municipal, la Sala aclaró que las declaraciones que hagan funcionarios de una entidad en boletines de prensa oficiales no tienen la entidad de ser normas vinculantes para sus asociados, pues no corresponden al ejercicio de potestades normativas, sino a la divulgación de opiniones y de informaciones, de tal manera que resulta impropio invocar como causal de exculpación el haber dirigido la actuación privada con fundamento en documentos divulgativos y no en las normas que regían el tributo.*

**FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / FINALIDAD DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL - Finalidad / MEDIOS DE DIVULGACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL / PUBLICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL POR EL CONCEJO MUNICIPAL / APLICACIÓN DE NORMA QUE REGULA TRIBUTOS DE PERÍODO / VIGENCIA DEL ACUERDO 032 DE 2013 DEL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA / PUBLICACIÓN PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL – Efectos. Inoponibilidad del acto normativo / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD POR LA PUBLICACIÓN PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL / VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR LA PUBLICACIÓN PARCIAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL**

**Problema jurídico 1:** *¿De las piezas probatorias que obran en el expediente existe certeza acerca de la fecha de publicidad del Acuerdo 032 de 2013 y si la eventual publicación parcial del documento del acuerdo cumple con las exigencias del principio de publicidad y oponibilidad para regir el ICA del año gravable 2014, con el cual el demandado revisó la declaración privada de la actora?*

**Tesis 1:** “De conformidad con el artículo 209 constitucional, la función administrativa está al servicio del interés general y, por ello, uno de los principios que guía su desempeño es el de publicidad de sus actos como medida para proscribir las actuaciones ocultas de las autoridades que compelen a sus asociados a cumplir obligaciones y así enaltecer la transparencia de la Administración, de ahí que la jurisprudencia constitucional enmarque este principio dentro de las garantías del debido proceso en su vertiente del derecho de contradicción, mediante la impugnación del acto o demanda judicial (sentencias C-641 de 2002, C-341 de 2014 y C-029 de 2021 proferidas por la Corte Constitucional). En consonancia con ello, el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 establece el deber de publicación de los actos administrativos de carácter general como uno de los procedimientos para asegurar la publicidad de estas actuaciones, su eficacia y oponibilidad a los administrados. A partir de esta norma, la autoridad está autorizada para publicar sus actos generales a través de su página electrónica o cualquier canal habilitado por la entidad, en tanto se garantice la amplia divulgación; disposición que guarda consonancia con el artículo 136 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 17 de la Ley 1551 de 2012, según el cual los concejos municipales deben publicar sus actos a través de los medios que se consideren oportunos y que garanticen la efectividad de su difusión a la comunidad, de tal manera que estas nuevas formas de publicar los actos generales superaron los anteriores procedimientos de publicación que eran gobernados por el artículo 1.º y siguientes de la Ley 57 de 1985, esto es, mediante la inserción de la norma en los diarios, gacetas o boletines oficiales como únicos medios de divulgación. Sin perjuicio de los avances que posibilitan la forma de publicar los actos generales -e incluso particulares-, es lo cierto que la inserción del documento en el medio de publicación escogido por la autoridad debe garantizar la difusión del contenido de los actos normativos a los administrados, lo cual implica que estos tengan acceso a la totalidad de la

norma, pues, de otra forma, no podrán conocer el alcance de la regulación en su integridad para serles obligatoria y vinculante. Tratándose de normas que regulan tributos de período, como es el caso del ICA según lo regulado en en [sic] el artículo 196 del Decreto Ley 1333 de 1986, el artículo 338 constitucional establece que aquellas tendrán aplicabilidad a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo, por lo que resulta relevante al asunto discutido definir el momento de vigencia del Acuerdo 032 de 2013, en la medida en que ello fijará su ámbito de aplicación temporal. 4- Con la finalidad de establecer si el Acuerdo 032 de 2013 fue publicado el 31 de diciembre de 2013, como lo asegura la entidad demandada, resultan relevantes los siguientes hechos probados: (i) Oficio nro. 0119, recibido el 07 de abril de 2016, por medio del cual la Secretaría de las Tic informa a la Secretaría de Hacienda del municipio demandado que el Acuerdo 032 de 2013 fue publicado en la página web de la alcaldía el 31 de diciembre de 2013 «y posteriormente fue modificada la publicación el día 23 de enero de 2014» (f. 338 cp1). Junto con este oficio se allegan los correos electrónicos entre funcionarios del municipio, uno de ellos encargando a un empleado de la Secretaría de las Tic que publicara con urgencia el archivo adjunto denominado «*modificación estatuto tributario*», mensaje que data del 31 de diciembre de 2013 a las 13:43; en respuesta, el mismo día a las 14:30, el funcionario de las Tic relaciona el enlace en el que se publicó el documento (...). (ii) Mensaje de correo electrónico entre uno de los funcionarios de la alcaldía dirigido a otro empleado de la Secretaría de las Tic en el que solicita que se «*reemplace*» el acuerdo publicado el 31 de diciembre de 2013 por un yerro cometido, sin especificar la naturaleza del error (...). (iii) Oficio nro. SHM 3447, del 29 de agosto de 2016, mediante el cual la Secretaría de Hacienda del municipio responde un escrito de petición de la demandante, relacionado con la copia del archivo digital del Acuerdo 032 de 2013, publicado en la página web de la entidad el 31 de diciembre de 2013. Junto con esta respuesta, la autoridad entrega un CD con la copia digital del acuerdo y, verificado, este aparece con fecha de creación 08 de enero de 2014 a las 9:29 minutos de la mañana (...). (iv) Oficio del 09 de diciembre de 2016, a través del cual la Secretaría de Hacienda contesta otro escrito de petición de la actora, relativo a la obtención de la copia del archivo del Acuerdo 032 de 2013 que sí fue publicado el 31 de diciembre de 2013, en la medida en que el anterior documento digital tuvo fecha de creación posterior. En esta oportunidad, la autoridad dice entregar copia magnética del aludido archivo y, respecto de ello, se constata que fue creado el 12 de diciembre de 2016 (posterior a la fecha del oficio, del cual no reposa constancia de la fecha de recibido por parte de la sociedad demandante) (...). (v) Informe de Policía Judicial -Fiscalía General de la Nación- nro. 683220425-18, del 15 de noviembre de 2018 [al parecer, por una denuncia penal por delitos informáticos] en el que se indica que se visitó la oficina de la Secretaría de las Tics para obtener copia de los archivos del Acuerdo 032 de 2013 que fue publicado entre el 31 de diciembre de 2013 y el 13 de febrero de 2014 a fin de compararlos con el archivo del acuerdo al 14 de noviembre de 2018 (fecha de la visita), a partir de lo cual se concluyó que entre el archivo presuntamente publicado el 31 de diciembre de 2013 que le entregó el funcionario en comparación con el de la fecha de la visita, se evidenció que la primera publicación no tenía un sello de recibido y hacían falta las páginas 5, 7, 8, 13, 14, 15 y 16. La página 23 tenía diferencia de formato y se indicó que en el archivo del 14 de noviembre de 2018 aparece una página de más (las de la sanción del alcalde y la firma del secretario del concejo municipal) (...). Asimismo, evidenció que el archivo publicado el 07 de enero de 2014, en comparación con el del 14 de noviembre de 2018, tenía las mismas diferencias con el primero de los archivos publicados, excepto porque sí tenía la página 5 (...). Entre el archivo publicado el 23 de enero de 2014 y el del 14 de noviembre de 2018, se comprobó que el formato de algunos artículos era distinto y no contenía ni los sellos ni las firmas de sanción del acuerdo (...). Finalmente, el funcionario de policía judicial comparó el archivo del 13 de febrero de 2014 con el del 14 de noviembre de 2018, evidenciándose que faltaban las páginas 5, 7 y 13, el sello de recibido y agrega una página al final (...). (vi) El 30 de abril de 2019, el tribunal, en audiencia inicial, decretó la prueba pericial solicitada por la demandante con la cual pretendía que un experto determinara la fecha de publicación del Acuerdo 032 de 2013 en la página web del municipio demandado (...). (vii) El 24 de julio de 2019, el perito allegó el informe de la experticia con el cual concluyó que: la copia del archivo del Acuerdo 032 de 2013 que le fue suministrado por un funcionario del demandado y, que, según este, fue publicado en la página web de la entidad, era distinto al que reposaba en esa página de la entidad a la fecha del dictamen. Igualmente, se señaló que el municipio no podía garantizar que el archivo del acuerdo enviado a la Secretaría de las Tic el 31 de diciembre de 2013 fuera el mismo publicado ese mismo día, ya que el nombre del archivo del correo que remitía el acuerdo era diferente del nombre asignado al presuntamente publicado, sin que el funcionario que atendió la visita del perito especificara si tenía competencia para nominar el documento que dijo haber publicado en esa fecha. Por último, adujo que el municipio «*en los 3 intentos por cargar el Acuerdo 032 de 2013 que se pudieron analizar nunca subió el archivo completo, aún hoy el que está publicado tiene 3 hojas menos que el original*» (...). (viii) En la audiencia de pruebas llevada a cabo el 08 de agosto de 2019, se rindió la contradicción del dictamen pericial en el que el perito expresó que no se pudo determinar si el documento del Acuerdo 032 de 2013 que presuntamente fue publicado el 31 de diciembre de ese año era el mismo que se identificaba como archivo nro. 4 de la página del concejo municipal (...). 5- De conformidad con la anterior relación de hechos probados, la Sala evidencia de los hallazgos de la experticia, del informe de policía judicial de la Fiscalía y de las copias de los archivos del Acuerdo 032 de 2013 adjuntados por el demandado en respuesta a peticiones de la demandante, que no existe certeza acerca de que el Acuerdo 032 de 2013 fue

publicado el 31 de diciembre de 2013, antes del inicio del período gravable siguiente a su entrada en vigor para que tuviera aplicabilidad en la autoliquidación del ICA de la contribuyente por el año 2014, por cuanto la consulta en la página web no permitía acceder a dicho archivo en tanto que la autoridad expresó que fue eliminado por la dependencia encargada de la publicidad de los actos del municipio, sin que haya trazabilidad técnica de que el archivo publicado obedeció al Acuerdo 032 de 2013. Sin perjuicio de esta principal conclusión, se evidencia que la autoridad aportó copias del acuerdo que presuntamente fue publicado entre el 31 de diciembre de 2013 y el 13 de febrero de 2014 en el que se constató que el documento tenía un contenido parcial, pues hicieron falta algunas páginas. Fundamentalmente, el archivo del documento que la autoridad dijo publicar el 31 de diciembre de 2013 no contenía algunas páginas como lo era la del sello de recibido y otras relacionadas con la tarifa asignada a ciertas actividades económicas gravadas con el ICA y, si bien, dentro de esas páginas faltantes no estaba regulada la tarifa del ICA de la actividad económica de la contribuyente (CIIU 4711, comercio al por menor en establecimientos no especializados con surtido compuesto principalmente por alimentos, bebidas alcohólicas y no alcohólicas o tabaco), ello no purga las irregularidades en la publicación del documento contentivo de una norma de naturaleza tributaria que pretendía regular, entre otros tributos, el ICA del período gravable 2014, pues debió publicarse íntegramente el acuerdo. Como resultado de ello, la Sala considera que, en el evento de que el 31 de diciembre de 2013 se haya hecho el intento de publicación del mencionado acuerdo, esto se hizo con una versión parcial de ese documento, de acuerdo con el archivo aportado por la demandada, el cual reposa en el proceso. Así, la publicación parcial impidió su consulta íntegra para que fuera oponible a los contribuyentes, so pena de afectar el principio de publicidad y del debido proceso y, debido a ello, no obtuvo vigencia en el período gravable del ICA del 2014, por lo cual no pudo ser la norma que regulara la tarifa aplicable. Prospera el cargo de apelación.

**TARIFA DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO / FALTA DE PROPOSICIÓN DE CARGOS DE NULIDAD CONTRA LA DISMINUCIÓN DE LAS RETENCIONES EN LA FUENTE DECLARADAS / REVISIÓN DE LA TARIFA DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO POR INAPLICABILIDAD DEL ACUERDO 032 DE 2013 - Improcedencia / DECLARACIÓN DE CORRECCIÓN DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Procedencia / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Reliquidación del tributo**

**Problema jurídico 2:** *¿Procede la proposición de la liquidación del ICA del año gravable 2014 en los términos indicados en el escrito de demanda, con base en el Acuerdo 029 de 2005; o, el juzgador debe estatuir el restablecimiento del derecho procedente a la eventual declaratoria de nulidad, conforme al artículo 187 del CPACA?*

**Tesis 2:** “[L]a actora aceptó que no era aplicable el Acuerdo 007 de 2014 con el cual autoliquidó su impuesto, sin perjuicio de que aseguró que fue la entidad demandada la que la indujo a error en la aplicación de esa norma, pero que tampoco era aplicable el Acuerdo 032 de 2013 que empleó el demandado para revisar la declaración privada, por lo cual, tanto en sede administrativa como en vía judicial propone la aceptación de una corrección a la declaración elaborada empleando la tarifa del 5% del Acuerdo 029 de 2005, esto es, incluso por debajo de la tarifa del 10% que traía el Acuerdo 032 de 2013, respecto del cual se concluyó que resultaba inaplicable al período fiscal 2014. Tal proposición no se hizo mediante declaración de corrección, sino que se trata de una petición de liquidación inserta dentro del escrito del recurso de reconsideración, replicada en la demanda judicial, sobre la cual no solo aplica la tarifa del 5% prevista en el acuerdo de 2005, sino que también incluye unas retenciones en la fuente e incrementa las autorretenciones en la fuente declaradas, estas últimas que habían sido glosadas por los actos acusados para ser disminuidas. Es decir, la proposición de liquidación modifica un aspecto glosado en los actos acusados sin que el escrito de demanda sustente razones que por ese aspecto debatan su legalidad en cuanto disminuyeron las autorretenciones en la fuente declaradas. Además, se incluyen unas retenciones en la fuente que no fueron autoliquidadas y, por lo mismo, no hizo parte del procedimiento de revisión demandado. A juicio de esta judicatura, no existen cargos de anulación contra los actos demandados por la disminución de las retenciones en la fuente declaradas, sino una relación del monto de estas en el escrito de demanda, de modo que no puede el juzgador sustituir el ejercicio dispositivo de los señalamientos de la nulidad de los actos, so pena de quebrantar el ejercicio de defensa de la contraparte en el proceso judicial. De igual manera, debe advertirse que la prosperidad del cargo de nulidad relativo a la inaplicabilidad del Acuerdo 032 de 2013, con base en el cual se modificó la tarifa del ICA autoliquidada, conllevaría al resultado de que la tarifa utilizada en la autoliquidación no será objeto de revisión, en tanto que la autoridad no encauzó correctamente el fundamento jurídico para cambiar la tarifa, pero el resultado de ello no puede ser corregir la tarifa escogida por el contribuyente, dado que el mecanismo para hacerlo y las oportunidades para ejercitar ese derecho en el curso de un procedimiento administrativo de revisión -como aconteció en el *sub lite*- están regulados en los artículos 709 y 713 del ET, aplicables en virtud de la norma de remisión general del artículo 285 del Acuerdo 029 de 2005; *i.e.*, mediante una autoliquidación de corrección en la cual se allanara parcial o totalmente a las glosas. Adicionalmente, tampoco procede la adición de retenciones en la fuente, porque precluyó la oportunidad

para corregir su autoliquidación incrementando el saldo a favor (artículo 589 del ET, aplicable por el artículo 285 del Acuerdo 029 de 2005), cuyo trámite compete a la contribuyente ante la autoridad tributaria, que no ante el juez mediante la sentencia judicial, dado que tampoco obedece al restablecimiento del derecho consecuente con la prosperidad de la anulación parcial de los actos demandados (artículo 187 del CPACA). En consecuencia, la Sala no atenderá la petición de tomar la proposición de declaración que hizo la demandante y el resultado de la nulidad parcial de los actos demandados, en cuanto a la tarifa empleada por la autoridad demandada, significará que se mantendrá el impuesto a cargo autodeclarado por la contribuyente, pero se mantendrá la legalidad de los actos acusados en cuanto a la disminución de las autorretenciones declaradas lo que incidirá en la deuda tributaria de la actora”.

### **SANCIÓN POR INEXACTITUD - Procedencia / ALCANCE DEL BOLETÍN OFICIAL DE PRENSA / CAUSAL DE EXCULPACIÓN DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD – Falta de configuración de la diferencia en la interpretación del derecho aplicable**

**Problema jurídico 3:** *¿La actora incurrió en la conducta sancionada por inexactitud? ¿Se configuró la causal de exculpación de la multa que invoca la apelante, relativa a que su actuación estuvo inducida a error por el anuncio de la aplicabilidad del Acuerdo 007 de 2014 que se hiciera en el boletín de prensa de la alcaldía municipal y, con base en la cual, aplicó la tarifa del ICA que es objeto de revisión en los actos acusados?*

**Tesis 3:** “En cuanto a si la demandante incurrió en el hecho infractor sancionable por inexactitud o, en su defecto, si debería exonerarse de la multa teniendo en cuenta la diferencia en la interpretación del derecho aplicable producto del presunto error al que la condujo un boletín de prensa del demandado, como causal de exculpación, la Sala precisa que, de conformidad con lo descrito en el fundamento jurídico nro. 6, el demandado no solo cambió la tarifa y determinó un mayor tributo a cargo, sino que disminuyó las retenciones en la fuente que sirvieron para descontar el impuesto a pagar, de manera que incurrió en el hecho infractor sancionable por inexactitud, previsto en el artículo 275 del Acuerdo 029 de 2005. Por otra parte, las declaraciones que hagan funcionarios de una entidad en boletines de prensa oficiales no tienen la entidad de ser normas vinculantes para sus asociados, pues no corresponden al ejercicio de potestades normativas sino a la divulgación de opiniones y de informaciones, de tal manera que resulta impropio invocar como causal de exculpación el haber dirigido la actuación privada con fundamento en documentos divulgativos y no en las normas que regían el tributo. De esta manera, tampoco resulta procedente atribuir como una diferencia en la interpretación del derecho aplicable la inclusión de retenciones en la fuente que no se acreditaron ante la autoridad demandada en las oportunidades legales y, sobre las que la Sala constató que no hubo cargos de anulación que procuraran desvirtuar la glosa”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de febrero de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 68001-23-33-000-2017-00777-01 \(26783\).](#)

## SECCIÓN QUINTA



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Se confirmó la decisión que declaró la nulidad de la elección del contralor del departamento de Guainía.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto que declaró la elección del contralor del departamento de Guainía, aduciendo que el demandado está incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 122 Superior, por haber sido condenado penalmente a la pena privativa de la libertad. La sala confirmó la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de la elección del contralor del departamento de Guainía, luego de considerar que, es la decisión penal en firme, de la cual fue sujeto el accionado, la que permite encuadrar su situación en la inhabilidad alegada, dada la intemporalidad de la causal.

## MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL / CONDENA PENAL / ELEMENTO TEMPORAL DE LA CAUSAL DE INHABILIDAD / INHABILIDAD INTEMPORAL DEL SERVIDOR PÚBLICO / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA

**Problema jurídico:** Conforme a los planteamientos del recurso de apelación presentado por el accionado, corresponde a la Sala determinar si se debe revocar, confirmar o modificar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Meta en la sentencia de 30 de junio de 2022, que anuló la elección del señor Jhon Jairo Escobar Escobar como contralor departamental de Guainía. Así mismo, se debe tener en cuenta el marco trazado por la fijación del litigio por parte del tribunal a quo y en el que se indicó: “[Se] decidirá si hay lugar o no a declarar la nulidad del acto de elección contenido en el acta de sesión extraordinaria 002 del 13 de enero de 2022, por medio de la cual, entre otras, se eligió como contralor del departamento de Guainía a Jhon Jairo Escobar Escobar, al considerar que la persona elegida en dicho cargo se encontraba inmersa en la causal de inhabilidad señalada en el artículo 122 de la Constitución Política y el literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996. (...)”

**Tesis:** “En este punto, se itera lo indicado en el capítulo anterior, bajo el entendido que precisamente se respeta la figura de la cosa juzgada, que es a partir de la decisión penal en firme que se ha dado alcance a que dentro del marco del mandato constitucional 122 Superior y del literal e) del artículo 6 de la Ley 330 de 1996, la condena penal de la que fue sujeto el accionado ciertamente dio apertura a que encuadrara dentro de la imposibilidad de acceder al cargo de contralor departamental, por incumplir la condición de inelegibilidad devenida de la inhabilidad por condena penal. Más aún porque el artículo 122 Superior, emplea la expresión “en cualquier tiempo” y la Ley 330 de 1996 “en cualquier época”, con lo cual el Constituyente y Legislador resultan inamovibles en el propósito de darle la connotación de la intemporalidad, sin que penda del tiempo o plazo de la condena ni de la pena accesoria. Utilizar expresiones que no denotan límite en el tiempo, evidencian que si bien la cualificación del asunto inició, se tramitó, cursó y terminó en una condena penal, la inhabilidad que se desencadena a partir de la previsión constitucional del artículo 122 y de la Ley 330 de 1996, no pende de la prescripción del hecho punible ni de su carácter accesorio, como tampoco del término o plazo que el juez penal fijó para la sanción de interdicción de derechos y funciones públicas (...). Esa escisión que se hace entre el alcance y la finalidad de la sanción punitiva con respecto a la inhabilidad, tiene como propósito limitar el acceso de aspirantes que no contengan las condiciones de probidad, transparencia y eficiencia, y lleva a la Sala Electoral a no encontrar de recibo el planteamiento del apelante de aplicar la prescripción penal y el cumplimiento de la sanción punitiva como enervantes o exonerantes de la inhabilidad para aspirar al cargo de contralor departamental de Guainía. (...). Como se advierte, el Constituyente no tuvo en mente restringir el factor temporal de la inhabilidad, como tampoco dejarlo circunscrito al plazo de la pena accesoria impuesta por el juez penal, sino darle máxima apertura sin condicionarlo, comoquiera que se enfocó en constitucionalizar el aspecto objetivo de la existencia de la condena penal como génesis del impedimento, abstrayendo el dispositivo constitucional del límite prescriptivo de la condena principal ni conexas de la interdicción de derechos y ejercicio de funciones públicas. No debe perderse de vista que el propósito de tal previsión era dar herramientas para combatir los niveles de corrupción y garantizar la probidad de las personas que aspiren a los cargos públicos. Dentro de ese contexto, debe tenerse claro que el alcance del mandato en cita se vio fortalecido con el entendimiento de la intemporalidad de la inhabilidad constitucional, la cual aunque tiene como punto de partida un hecho punible que es objeto de condena por un juez penal, el constituyente logra escindirla y separarla del proceso punitivo en cuanto a los términos prescriptivos del tipo penal, quedándose solo con el presupuesto objetivo de que se contenga en una decisión de un juez penal sin ninguna otra condición o plazo, de ahí la expresión “en cualquier tiempo”, respetando así que se trate de una condena impuesta por la autoridad judicial penal. Retomando el punto

del factor temporal de la causal, de ilustración resulta, indicar que incluso el Consejo de Estado, ha tenido claro desde tiempo atrás que la inhabilidad por condena penal es intemporal, al decantarse por la consideración de que dicho impedimento no es de carácter sancionatorio “sino un mecanismo para garantizar que las personas que accedan a esos cargos públicos hayan tenido en su vida una conducta intachable e íntegra frente al ordenamiento jurídico”, en reconocimiento del efecto depurador y moralizador y a la probidad moral y ética que debe reputarse de quien aspira a ejercer una investidura pública. (...). Todo lo anterior, permite concluir que para efectos de la inhabilidad prevista en el artículo 122 de la Constitución Política, esta responde al carácter intemporal que quiso darle el Constituyente primario, al introducir la expresión “en cualquier tiempo”, razón por la cual no se advierte que el Tribunal a quo haya dejado de valorar el término de la pena accesoria impuesta por el juez penal, sino que por presupuesto sustancial de la inhabilidad en cita, ésta no pende ni de dicho término ni de que el condenado haya cumplido la pena, dada la necesidad de no permitir que personas que afectaron el patrimonio público puedan aspirar a ejercer funciones públicas y, por ende, que como lo alegó el accionado hubiera omitido valorar la prueba documental que daba cuenta del término de 36 meses como pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Por contera, el argumento de apelación sustentado en el factor temporal de la inhabilidad no resulta de recibo, por cuanto conforme a lo antes considerado ni el tiempo de la condena ni de la pena accesoria logran enervarla, como tampoco el hecho de que la persona haya cumplido aquellas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 19 de enero de 2023; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 50001-23-33-000-2022-00027-02.](#)

## **2. Se confirmó la decisión que negó la nulidad del acto de designación del embajador extraordinario y plenipotenciario de Colombia ante el gobierno de la República Federal de Alemania.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de designación del señor Pedro Felipe Buitrago Restrepo, como embajador extraordinario y plenipotenciario de Colombia, ante el Gobierno de la República Federal de Alemania, aduciendo que se debía nombrar en el cargo de embajador extraordinario y plenipotenciario a alguno de los funcionarios de carrera diplomática y consular adscritos a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Federal de Alemania. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el presidente de la República goza de un amplio margen de discrecionalidad para nombrar a sus agentes diplomáticos y que ello no riñe con el principio del mérito del sistema de carrera diplomática y consular.*

### **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / EMBAJADOR EXTRAORDINARIO Y PLENIPOTENCIARIO / PODER DISCRECIONAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA**

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala determinar si revoca, modifica o confirma la sentencia de proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección A el 15 de septiembre de 2022, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad electoral que se promovió contra el acto electoral que designó al señor Pedro Felipe Buitrago Restrepo como embajador extraordinario y plenipotenciario de Colombia ante el Gobierno de la República Federal de Alemania, para lo cual se deberá resolver el siguiente interrogante: ¿Es ilegal el Decreto No. 360 del 11 de marzo de 2022, por cuanto se pudo haber nombrado a un funcionario de carrera diplomática y consular de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Federal de Alemania en el cargo de embajador de esa oficina de representación del Estado?*

**Tesis:** “La demandante insistió en que se debía nombrar en el cargo de embajador extraordinario y plenipotenciario a alguno de los funcionarios de carrera diplomática y consular adscritos a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Federal de Alemania. (...). Al respecto, se advierte que la facultad otorgada al presidente de la República para designar como embajador, a una persona que cumpla con los requisitos del cargo y que no pertenezca a la carrera diplomática y consular, en gracia de discusión, únicamente está limitada por el cumplimiento del deber de destinar el 20% de las vacantes para funcionarios escalafonados, restricción establecida en el inciso 4 del parágrafo 1 del artículo 6 del Decreto Ley 274 de 2000. (...). Ahora bien, (...) el presidente de la República goza de un amplio margen de discrecionalidad para nombrar a sus agentes diplomáticos y ello no rige con el principio del mérito del

sistema de carrera diplomática y consular. (...). Considerar que el poder discrecional del presidente de la República, que en nada refiere a la arbitrariedad, cede ante el derecho de un funcionario de carrera diplomática y consular, es opuesto a la doctrina electoral sobre la materia y, en palabras de la Corte Constitucional, “un contrasentido”, en tanto se le impediría al primer mandatario escoger a sus colaboradores más cercanos en el desarrollo de su política de exterior, es decir, de los ejecutores de su visión en este campo. Por lo tanto, que la parte actora considere que el cargo debió ser ocupado por un funcionario de carrera diplomática y consular, en concreto por una persona de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de la República Federal de Alemania, no torna en ilegal el Decreto No. 360 del 11 de marzo de 2022. Igualmente, es importante precisar que el cargo en el que se hizo la designación se encontraba vacante por la renuncia que se le aceptó al señor Hans Peter Knudsen Quevedo y para garantizar la función pública relacionada con la representación del Estado era indispensable que se realizara el nombramiento, el cual, como ya se reseñó, podía recaer en una persona de confianza del jefe de Estado. Además, el presidente de la República no tenía la obligación de justificar la necesidad de nombrar como embajador a una persona externa y que no perteneciera a la carrera diplomática y consular, debido a la discrecionalidad que tiene para elegir a quienes lo representan a nivel internacional. En efecto, solo bastaba que el demandado cumpliera con los requisitos establecidos para el cargo de embajador extraordinario y plenipotenciario – código 0036 – grado 25, cuestión zanjada por el juez colegiado de primera instancia y no controvertida en la apelación, para que el presidente de la República lo nombrara como el jefe de la misión diplomática de Colombia ante el Gobierno de la República Federal de Alemania. Así las cosas, el argumento de la apelación no tiene vocación de prosperidad y habrá que confirmarse la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección A.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 7 de diciembre de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 25000-23-41-000-2022-00486-01.](#)

### **3. Se negó la nulidad del acto de elección del presidente y vicepresidente de la Mesa Directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República.**

*Síntesis del caso:* Se demandó la nulidad del acto de elección de los señores Gloria Inés Flórez Schneider y Antonio José Correa Jiménez, quienes integran la Mesa Directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República, en su calidad de presidente y vicepresidente, respectivamente, aduciendo que hubo infracción de las normas en que debía fundarse debido a (i) la alteración del orden del día, (ii) el presunto levantamiento irregular de la reunión de instalación del Congreso; y, (iii) la supuesta sesión irregular de la Plenaria de Senado el mismo 20 de julio de 2022. La Sala negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, (i) los vicios e irregularidades invocados por el actor no tienen relación directa con la elección acusada, (ii) para el momento en que se levantó la sesión de instalación del Congreso de la República, ya se habían desarrollado los asuntos o temas principales de la sesión; y (iii) la normatividad vigente no prohíbe que el mismo día de instalación de la sesión inaugural del Congreso, los senadores puedan elegir su mesa directiva.

#### **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO / COMISIÓN SEGUNDA CONSTITUCIONAL DEL SENADO / INEXISTENCIA DE INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

*Problema jurídico:* La controversia en este proceso está circunscrita a determinar, de acuerdo con la fijación del litigio, si el acto de elección se encuentra viciado de nulidad por haber violado las normas en que debía fundarse. Para ello, deberá constatarse si el procedimiento efectuado para la elección demandada estuvo precedido de varias irregularidades en el trámite, que desconocen el artículo 149 de la Constitución Política. Particularmente, deberá establecerse si los siguientes vicios tienen la virtualidad de afectar la elección demandada: i) la alteración del orden del día contrario a la ley en la sesión inaugural del Senado de la República; ii) el presunto levantamiento irregular de la reunión de instalación del Congreso; y, (iii) la supuesta sesión irregular de la Plenaria de Senado el mismo 20 de julio de 2022 así como las presuntas irregularidades en la elección de la mesa directiva de dicha cámara alta, contrariando lo dispuesto en los artículos 87 y 139 de la Ley 5 de 1992. Ello con fundamento en que, para la parte actora, los vicios presentados en la instalación del congreso y la sesión plenaria del

*Senado afectaron la validez de todos los actos que, en adelante, fueron expedidos por ambas Cámaras y sus Comisiones.*

**Tesis:** “i) Alteración del orden del día contrario a la ley en la sesión inaugural del Senado de la República. Para el demandante se vulneró al artículo 149 de la Constitución Política, que dispone que las reuniones del Congreso realizadas por fuera de las condiciones constitucionales carecerán de validez y los miembros que participen en ellas serán sancionados de conformidad con la ley. (...). La Sala debe precisar en primer término que, le asiste razón a la demandada y al Ministerio Público al señalar que, los vicios e irregularidades invocados por el actor, no tienen relación directa con la elección de la Mesa Directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado. Luego, de entrada, existe una imposibilidad de constatar, bajo la causal de nulidad de infracción de normas superiores, el desconocimiento directo de las disposiciones invocadas frente al procedimiento de elección demandado. Debe recordarse, como se precisó en el acápite anterior, que para la configuración de esta causal de nulidad se debe demostrar, por un lado, que las disposiciones que se estiman infringidas por el acto acusado integran el bloque normativo que le sirve de marco jurídico, es decir, que regulan la materia en la que se inscribe su objeto y declaración de voluntad. De otro lado, en efecto, al confrontar el acto con tales normas surge su violación por contradicción o desconocimiento. Sin embargo, los supuestos fácticos en que se sustentan la demanda en este asunto se refieren a acontecimientos que nada tienen que ver con la reunión de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado en la que eligió su mesa directiva. Los reparos del demandante se ubican en unos presuntos vicios previos a la elección que aquí se demanda y pretende derivar una consecuencia jurídica sobre la validez de los actos que tuvieron lugar en la sesión inaugural del Congreso, para aducir que toda actuación surtida con posterioridad no produce efecto alguno y, por lo tanto, se debe anular. (...). ii) El levantamiento irregular de la sesión de instalación del Congreso. El señor Sua Montaña sostiene que la sesión inaugural del Congreso del periodo 2022-2026 no fue levantada en debida forma, por cuanto no se agotaron los últimos dos puntos del orden del día: (i) el estudio de la renuncia formulada por el magistrado del Consejo Nacional Electoral, Jaime Luis Lacouture Peñaloza; y (ii) la aprobación del acta de esa sesión plenaria, con lo cual se vulneró el artículo 149 Superior. (...). Sobre el punto, la Sala debe aclarar de entrada que, el argumento del actor sugiere una valoración gramatical sobre la manera en que se levantó la sesión. Mas no se devela una argumentación jurídica que conlleve a determinar a este juez electoral, las razones por las que el formalismo que señala el demandante tiene la virtualidad de afectar todos los actos posteriores que se llevaron a cabo en el Congreso, incluyendo la elección de la Mesa Directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República. (...). [P]ara el momento en que se decidió por parte del presidente de la junta preparatoria levantar la sesión de instalación del Congreso de la República, se habían desarrollado los asuntos o temas principales de la mencionada sesión; esto es, los establecidos en los artículos 12 a 17 del Reglamento del Congreso. Tales disposiciones prevén que la sesión inaugural del Congreso debe abordar los siguientes puntos: i) los senadores y representantes, se constituirán en junta preparatoria; ii) presidente y secretario de la junta preparatoria; iii) quorum deliberatorio y designación de comisión para informar al presidente de la República que el Congreso en pleno se encuentra reunido para su instalación constitucional; iv) instalación de las sesiones del Congreso por parte del presidente de la República; v) posesión del presidente de la junta preparatoria y; vi) posesión de los Congresistas. Así las cosas, no se encuentra probada la irregularidad formulada y, de cualquier forma, tampoco tiene incidencia en el acto de elección demandado. (...). iii) Sesión irregular de la Plenaria de Senado el mismo 20 de julio de 2022 así como las presuntas irregularidades en la elección de la mesa directiva de dicha cámara alta, contrariando lo dispuesto en los artículos 87 y 139 de la Ley 5 de 1992. Para el demandante, la elección de la Mesa Directiva del Senado, periodo 2022-2023, fue ilegal, toda vez que ocurrió el propio 20 de julio de 2022, tras culminarse la sesión inaugural del Congreso para el periodo 2022-2026, cuando, a su juicio, debió llevarse a cabo al día siguiente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley 5 de 1992, norma que preceptúa que las labores legislativas del Senado y de la Cámara comienzan “al día siguiente de instaladas las sesiones del Congreso.” Al respecto, debe precisarse que en este asunto se controvierte la elección de la Mesa Directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República, de modo que, cualquier reparo que encuentre el actor en una elección diferente a la que acá se cuestiona, no resulta procedente. (...). [L]a Sala advierte que el artículo 87 de la Ley 5 de 1992, no prohíbe que el mismo día de la instalación de la sesión inaugural del Congreso, los senadores puedan elegir su Mesa Directiva. (...). Tal disposición señala que, al día siguiente de instaladas las sesiones del Congreso, cada una de las cámaras se reunirán para dar comienzo a su labor constitucional. No obstante, debe precisarse que además de la función legislativa asignada constitucionalmente al Congreso, esa corporación cuenta con otras más, como por ejemplo la electoral o la administrativa. Esta última es aquella referida a la posibilidad de establecer la organización y funcionamiento del Congreso Pleno, el Senado y la Cámara de Representantes. En efecto, la elección de las mesas directivas hace parte de la debida organización de cada una de las cámaras y sus respectivas comisiones, pues están concebidas para adoptar las decisiones y medidas necesarias y procedentes para una mejor organización interna, en orden a una eficiente labor legislativa y administrativa (artículo 41 de la Ley 5 de 1992). Luego, no se encuentra razón para concluir que, la elección de las mesas directivas a cargo de cada una de las Cámaras -para este caso

particular del Senado- no puedan llevarse a cabo el mismo día en que se instala el Congreso. (...). Es decir, el periodo de la mesa directiva comienza, inclusive, el 20 de julio en que inicia cada legislatura. Así las cosas, no encuentra la Sala ningún vicio o irregularidad previa que tenga la virtualidad de afectar las elecciones que tuvieron lugar con posterioridad a la elección de la mesa directiva del Senado de la República. Primero, porque no es cierto que aquellos vicios se hayan presentado, como quedó demostrado y, segundo, por cuanto los reparos del actor no se relacionan con el procedimiento que se llevó a cabo para elegir la mesa directiva de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República, que puedan derivar en una reunión “fuera de las condiciones constitucionales” en los términos del artículo 149 constitucional. Visto así el asunto, las pretensiones de la demanda deben negarse al no encontrarse probado ningún vicio que le reste validez o efecto a los actos de la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado de la República.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 1º de diciembre de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2022-00204-00.](#)

## 4. Se negó la nulidad del nombramiento de una magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de nombramiento de Hilda González Neira, como magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, alegando que hubo infracción de las normas en que debería fundarse y que los actos de nombramiento y confirmación desconocieron el principio de publicidad. La Sala negó las pretensiones de la demanda, en la medida que se acreditó que, (i) no se desvirtuó el buen crédito de la accionada para ser elegida como magistrada; (ii) el buen crédito estaba igualmente acreditado para el momento de la confirmación; (iii) no es viable el juicio de legalidad frente al artículo 164 de la Ley 270 de 1996 puesto que el cargo de la accionada no se provee por concurso de méritos sino por el sistema de cooptación; (iv) la falta de publicación alegada no afecta la validez del acto de nombramiento; y, (v) la Corte Suprema de Justicia cumplió con el quórum necesario para proceder a la elección de la demandada.*

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DE MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA / REQUISITOS PARA SER MAGISTRADO DE LAS ALTAS CORTES DE LA RAMA JUDICIAL / REQUISITO DE BUEN CRÉDITO EN EJERCICIO DE LA PROFESIÓN / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA JUDICIAL / ACTO DE CONFIRMACIÓN DEL NOMBRAMIENTO / IMPEDIMENTO MORAL / SISTEMA DE COOPTACIÓN MIXTA / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD / QUÓRUM EN ELECCIÓN DE MAGISTRADO DE ALTAS CORTES / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala, conforme a la fijación del litigio, determinar si el acto de designación de la demandada, señora Hilda González Neira, como magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, contenido en el Acuerdo 1539 del 18 de febrero de 2021 de dicha Corporación, y el acto de confirmación emitido en sesión de Sala Plena del 4 de marzo de 2021 dentro del expediente 11001-02-30-000-2021-00144-00 deben ser anulados, para lo cual se debe establecer si: (i) ¿Se materializó el vicio de ilegalidad plasmado en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA dada la supuesta inelegibilidad de la demandada, derivada del artículo 232 de la Constitución Política y de los artículos 133 y 164 de la Ley 270 de 1996, debido a sus actuaciones como magistrada de Tribunal? (ii) ¿Los actos cuya nulidad se pretende fueron expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse (artículo 137 del CPACA) por la falta de publicación, tanto de la designación como de la confirmación ordenada por el artículo 65 del CPACA, así como del número de votos obtenidos por la demandada para resultar elegida? (iii) ¿Los actos cuya nulidad se pretende fueron expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse (artículo 137 del CPACA), en vista de que los cuestionamientos elevados en sede contenciosa contra varios de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que participaron de la elección podrían llevar a una eventual falta de quorum?*

**Tesis:** “De la violación del artículo 232 de la Constitución Política. El buen crédito como requisito contemplado en la Constitución de 1991, para alcanzar las dignidades que ella detalla, se erige como un instrumento para que quien deba seleccionar y designar a un ciudadano, no sólo deba verificar la

experiencia requerida, sino que debe constatar, además, con que tal trasegar profesional esté libre de censura material. (...). Sobre el mismo destaca que corresponde a un concepto jurídico indeterminado, que debe ser concretado e individualizado al margen de apreciaciones personales o subjetivas al momento de evaluarlo. (...). Por ello, corresponde al operador jurídico concretar o individualizar tal concepto indeterminado, para lo cual puede acudir a las reglas de cada profesión, que develan un especial modo de actuar y entender el ejercicio profesional. (...). En ese orden de ideas, en el caso concreto se cuestiona si las actuaciones judiciales que se endilgan a la demandada, relacionadas específicamente con el enunciado proceso ejecutivo, tienen la potencialidad para desvirtuar el requisito «ejercicio con buen crédito» del artículo 232 constitucional, norma que establece los requisitos para ocupar la dignidad de magistrado de la Corte Suprema de Justicia. (...). La norma [artículo 232 constitucional] exige una experiencia mínima de quince años para acceder a la alta magistratura, la cual se puede obtener en estos escenarios diferenciables: i) con el desempeño de cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público y ii) el ejercicio con buen crédito de la profesión de abogado o de la cátedra universitaria en establecimientos reconocidos oficialmente. Según se infiere de la norma, el «buen crédito» como ingrediente normativo se concatena a dos eventos puntuales: «ejercicio de la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas», lo cual no excluye a quienes hayan ocupado cargos en el Rama judicial. El «buen crédito» se valora en cada caso concreto conforme con criterios objetivos que permiten determinar si un profesional del derecho ejerció tal profesión de acuerdo con dicho parámetro. (...). Frente a quienes hayan ocupado cargos en la Rama Judicial, el buen crédito se verifica, entre otros parámetros definidos jurisprudencialmente, mediante la valoración de antecedentes, lo cual corresponde a la Corporación Judicial nominadora, toda vez que dicho requisito se predica respecto del ejercicio de la profesión en general, independiente del área en la que se haya ejercido. Conforme con los lineamientos jurisprudenciales, los señalamientos de la parte demandante; es decir, los presuntos yerros en que incurrió la demandada en un proceso judicial que tramitó como magistrada de una corporación judicial, del cual se advierte que las decisiones que se adoptaron en su curso estaban en principio investidas de autonomía judicial y prevalencia del derecho sustancial; no permiten concluir que el acto demandado transgredió el artículo 232.4 constitucional, por no acreditarse el requisito del buen crédito. En efecto, la existencia de reparos o inconformidades frente a una providencia, que se asume se emitió con el manto del principio de autonomía judicial que en principio cobija las decisiones jurisdiccionales, no conlleva a minar el requisito del buen crédito de quienes aspiran a ocupar la dignidad de ser jueces o magistrados de la República. Conforme lo anterior, aun cuando una decisión judicial no sea compartida por otra autoridad judicial, por terceros o la generalidad de los sujetos procesales, en principio, no puede tildarse de arbitraria o abusiva, «pues tal proceder estaría desestimando los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial que, justamente, le reconocen al juez natural plena competencia para aplicar la ley del proceso y valorar el material probatorio de conformidad con las reglas de la sana crítica». (...). En ese orden de ideas, los reparos de las demandantes no desvirtúan el buen crédito que acreditó la accionada para ser elegida en tal dignidad. En gracia de la discusión, la Sala encontró que la accionada acreditó sus 15 años de experiencia como funcionaria de la Rama Judicial, como consta en los antecedentes administrativos allegados por la Corte Suprema de Justicia, donde obran las calificaciones satisfactorias que obtuvo cuando se desempeñó como magistrada de tribunal. Además, para la Sala es pertinente señalar que la Corte Suprema de Justicia, dentro de la autonomía judicial que le otorgan los artículos 113 y 228 de la Constitución Política, así como el [artículo] 5 de Ley 270 de 1996, valoró los antecedentes judiciales, disciplinarios, fiscales y profesionales aportados por la demandada al trámite de confirmación. En ese orden, los antecedentes administrativos allegados al expediente muestran que la Corte Suprema no evidenció alguna anotación que desvirtuara los requisitos del artículo 232 de la Constitución. Prueba de ello es que procedió a la confirmación del nombramiento de la demandada como magistrada de la Sala Civil de la Corte Suprema, como se evidencia en el expediente nro. 11001-02-30-000- 2021-00144-00. (...). De la violación del artículo 133 de la Ley 270 de 1996. Por el mismo hecho descrito anteriormente, la parte demandante consideró que la demandada estaba impedida moralmente para acceder al cargo de magistrada de la Corte Suprema de Justicia. En ese sentido adujo que dicha Corporación no debió confirmar su nombramiento, conforme con el artículo 133 de la Ley 270 de 1996. (...). Dicha disposición rige el acto de confirmación conforme estos elementos: i) es una facultad del nominador; ii) fija los supuestos específicos para negar la confirmación, entre ellos, que se establezca que el nombrado estaba impedido moralmente; y iii) que esa limitación sea para el ejercicio del cargo. Lo primero a destacar es que el argumento de la parte demandante no desvirtúa la legalidad del acto de elección de la demandada, por cuanto la norma estatutaria regula el supuesto de la negación de la confirmación del nombramiento. (...). Por lo tanto, en el presente caso no se configuró la infracción normativa alegada pues, al momento de la confirmación, se acreditó el requisito del buen crédito del artículo 232 constitucional. Ahora bien, en el escenario del ejercicio de las profesiones, el impedimento moral es un concepto jurídico indeterminado como el buen crédito, en ese sentido su valoración atiende a factores objetivos que permiten determinar si una persona ejerció con decoro su profesión o si sus comportamientos se ajustaron a la ética que demanda su ocupación. Por ello, como en el presente caso lo que se pretende es cuestionar una actuación judicial de la demandada, se advierte que, en este caso concreto, dicha circunstancia no era un impedimento moral que le impedía ser nombrada en tal dignidad; también carecía de la potencialidad para

afectar la presunción de legalidad de su designación pues, se reitera, las decisiones jurisdiccionales en principio se arropan con el principio de autonomía judicial. Por lo expuesto, el cargo no prospera. (...). De la violación del artículo 164 de la Ley 270 de 1996. De igual forma, la parte demandante censura que la demandada carecía de las condiciones morales y de personalidad señaladas en el artículo 164 de la LEAJ. En dicha norma se establecen reglas del sistema de carrera judicial (...). Al respecto, el artículo 130 LEAJ [Ley 270 de 1996] señala que los empleos de la Rama Judicial i) «[s]on de período individual los cargos de Magistrado (...) de la Corte Suprema de Justicia...», ii) otros son de libre nombramiento y remoción y iii) todos los demás son de carrera. La disposición citada por la parte demandante [artículo 164 de la Ley 270 de 1996] se aplica a los cargos de carrera, al que se accede a través de un concurso de méritos, dentro de los cuales no está el que se proveyó a la demandada. La designación de esta se hizo por el sistema de cooptación previsto en el artículo 231 constitucional, el cual permite que la misma corporación judicial elige a su nuevo miembro, para un periodo de 8 años, luego de una convocatoria para ese empleo. Por tal razón, como el cargo no es de los que se proveen por concurso de méritos, no es viable el juicio de legalidad solicitado frente al artículo 164 de la LEAJ [Ley 270 de 1996] y, por consiguiente, el cargo no prosperará. (...). De la presunta infracción del principio de publicidad. Las demandantes señalan que se vulneró el principio de publicidad pues, a su juicio, la Corte Suprema de Justicia no dio a conocer los actos de nombramiento y de confirmación. En ese orden adujeron que hubo desconocimiento del artículo 65 del CPACA. El artículo 65 del CPACA prescribe que «[t]ambién deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular». Ahora bien, como lo señala el primer inciso de la norma, la consecuencia de su incumplimiento es que «...no serán obligatorios...». Esto va en consonancia con lo que señala la jurisprudencia con respecto a que «... la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad...». A su vez, esta Sección señaló que «... la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad, sino de inoponibilidad frente a terceros, requisito de eficacia y no de validez frente al mismo acto, pero para el acto de carácter particular que se expida con fundamento en él, se erige en presupuesto de validez...». Los lineamientos jurisprudenciales enunciados evidencian que no se accederá al cargo propuesto por la demandante, toda vez que el yerro que adujo no afecta la validez del acto de nombramiento. Igual conclusión se extiende a las irregularidades reseñadas frente a la falta de publicidad del acto de confirmación. (...). De la afectación eventual del quorum. Las demandantes manifiestan que de anularse la elección de los magistrados Gerson Chaverra Castro, Luis Benedicto Herrera, Fabio Ospitia Garzón, Hugo Quintero Bernate, Francisco José Ternera Barrios e Iván Mauricio Lenis Gómez dentro del contencioso electoral 11001-03-28-000-2020-00059-0098, se afectaría la elección de la demandada, la cual es objeto de controversia en el presente proceso. Este cargo no prospera toda vez que las pruebas allegadas al proceso, como el «Acta número 3 correspondiente a la sesión ordinaria de sala plena, celebrada el 18 de febrero de 2021», se advierte que la Corporación judicial cumplió con el quorum necesario para proceder a la elección de la demandada. (...). En segundo lugar, la Sala encuentra que el reproche en cuestión se construyó sobre un supuesto hipotético que en caso de que se verificara, no tendría incidencia para afectar la presunción de la legalidad de la elección de la demanda, toda vez que los efectos de esa decisión se predicen a futuro, de manera que sus consecuencias no se extienden a la elección cuestionada, pues en ese momento los magistrados demandados se encontraban ejerciendo el cargo, lo cual suponía que hicieron la designación de la accionada porque gozaban de tal facultad para elegir. En todo caso, se advierte que esta Sección con sentencia del 17 de agosto de 2022, negó las pretensiones en los procesos allí acumulados, por no acreditarse la configuración de los motivos de inconformidad. (...). Conclusión. (...). [L]a Sala negará las pretensiones del medio de control de nulidad electoral promovido por Edilma y Mariela Maldonado París contra el acto de nombramiento de Hilda González Neira, como magistrada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que no se acreditaron los reproches planteados, que buscaban desvirtuar el ejercicio profesional con buen crédito o moralidad de la demandada para el cargo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 7 de diciembre de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2021-00032-00.](#)

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Defensoría de Familia - Centro Zonal Sibundoy - Regional Putumayo, es la autoridad competente para tramitar una solicitud de audiencia de conciliación para la regulación de una cuota de alimentos en favor de una mujer perteneciente a una comunidad indígena y estudiante universitaria.

*Síntesis del caso:* Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Cabildo Indígena Kamëntsá Biyá de Sibundoy, el Cabildo Indígena Kamëntsá Inga de San Francisco, ambos del departamento del Putumayo; la Defensoría de Familia del ICBF - Centro Zonal Sibundoy - Regional Putumayo; la Defensoría del Pueblo - Regional Putumayo; y la Comisaría de Familia Intermunicipal del Valle de Sibundoy (Putumayo), con el fin de establecer la autoridad competente para atender la solicitud de realizar una audiencia de conciliación para la regulación de cuota alimentaria en favor de una mujer perteneciente a una comunidad indígena y estudiante universitaria.

**CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / CABILDO INDÍGENA / DEFENSORÍA DE FAMILIA / ICBF / COMISARÍA DE FAMILIA / COMPETENCIA DE LA SALA DE CONSULTA DEL CONSEJO DE ESTADO / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / FUNCIÓN JURISDICCIONAL / AUTORIDAD INDÍGENA / JURISDICCION INDÍGENA**

*Problema jurídico:* ¿La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es competente para dirimir un presunto conflicto de competencias administrativas, cuando no se tiene certeza acerca de si la naturaleza de las funciones que eventualmente ejercería una autoridad indígena, involucrada en el conflicto, son de naturaleza jurisdiccional o administrativa?

**Tesis:** “[P]ara los Cabildos Indígenas Kamëntsá Biyá de Sibundoy y Kamëntsá Inga de San Francisco, ambos del departamento del Putumayo, la audiencia de conciliación podría adelantarse en ejercicio de la función jurisdiccional. Esta falta de certeza sobre la naturaleza del trámite obedece a que estas autoridades indígenas son competentes tanto para adelantar funciones administrativas como jurisdiccionales, pero diferenciar si ejercen uno u otro tipo de funciones representa una dificultad propia de la estructura social y jurídica de las comunidades étnicas. (...) [Al respecto], cabe señalar que el artículo 246 Superior refiere que las comunidades indígenas pueden resolver los distintos problemas que surjan en su interior, según el sistema jurídico propio y no discrimina que esa autonomía les sea reconocida únicamente para asuntos catalogados como judiciales. En ese sentido, la Sala ha precisado que la Jurisdicción Especial Indígena comprende tanto asuntos de carácter judicial, como administrativo, distinción que, como se anotó, no siempre es obvia (...). [A]un cuándo podría ser judicial el trámite que adelante el Cabildo Indígena Kamëntsá Biyá de Sibundoy, la Sala está habilitada para estudiar de fondo el conflicto, pues, primero, por disposición del artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, evitarán decisiones inhibitorias; y, segundo, cuando en un conflicto una de las autoridades involucradas actúa en ejercicio de funciones administrativas y otra de carácter jurisdiccional, solo hasta agotar el análisis puede identificar aquella que es competente. (...) Así las cosas, esa indeterminación habilita a la Sala para dirimir el conflicto. Este cuerpo colegiado está condicionado a estudiar de fondo el asunto para decidir la autoridad competente, puesto que solo hasta el final de ese análisis puede detectar aquella que es responsable de ejercer sus funciones”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la posibilidad de que las autoridades pertenecientes a la Jurisdicción Especial Indígena resuelvan tanto asuntos de carácter judicial como administrativo, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del 26 de junio de 2019. Radicado 11001-03-06-000-2019-00117-00(C).

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil para dirimir conflictos de competencias administrativas cuando una de las autoridades involucradas ejerce funciones administrativas y la otra ejerce funciones jurisdiccionales, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 16 de mayo de 2018. Radicado 11001-03-06-000-2017-00200.

NOTA DE RELATORÍA 3: Otras decisiones de la Sala de Consulta y Servicio Civil en relación con autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas, son: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 458 del 23 de septiembre de 1992; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisiones con radicados 11001-03-06-000-2017-00103-00; 11001-03-06-000-2017-00006-00; 11001-03-06-000-2019- 2019-00117-00; y, 11001-03-06-000-2020-00170-00.

**JURISDICCIÓN INDÍGENA / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA / ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA / AUTONOMÍA INDÍGENA / DEFENSORÍA DEL PUEBLO / FUNCIONES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO / DEFENSORÍA DE FAMILIA / COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DE FAMILIA / CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / FIJACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA / CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / FIJACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA / ALIMENTOS A MAYOR DE EDAD / PROTECCIÓN A LA MUJER INDÍGENA**

*Problema jurídico: ¿La Defensoría de Familia - Centro Zonal Sibundoy - Regional Putumayo, es la autoridad competente para atender la solicitud de realizar una audiencia de conciliación para la regulación de cuota alimentaria en favor de una mujer perteneciente a una comunidad indígena y estudiante universitaria?*

**Tesis:** “Para resolver este conflicto, la Sala tendrá en cuenta como guía de análisis los parámetros utilizados por la Corte Constitucional, en la resolución de conflictos en que se encuentran involucradas autoridades de la Jurisdicción Especial Indígena. (...) [S]i bien los factores personal y territorial conducirían, en principio, a asignar la competencia a una de las dos autoridades indígenas, lo cierto es que los criterios objetivo e institucional desvirtúan esa posibilidad. El análisis de estos últimos dos factores evidencia que, en este asunto particular y concreto, el trámite de conciliación en los cabildos indígenas no permite la garantía efectiva de los derechos de [D.A.M.J.], como el debido proceso, la vida en condiciones dignas y la educación. Lo anterior, a pesar de que ella es un sujeto que exige protección reforzada, por ser una mujer indígena, madre cabeza de familia a cargo de un menor de edad, no tener capacidad para satisfacer sus necesidades básicas y estar en curso de su carrera universitaria. (...) El análisis efectuado se ha orientado, en primer término, por el principio de «maximización de la autonomía de las comunidades indígenas», tal como se ha explicado, este debe armonizarse con la salvaguarda de los derechos al debido proceso administrativo, a una subsistencia en condiciones dignas y a la educación superior, y, conforme con ello, tener en cuenta las circunstancias que le impiden a la peticionaria proveerse su propio sostenimiento, límites insalvables para la autonomía de los pueblos indígenas. Sobre ese particular, la asignación de la competencia a las autoridades administrativas ordinarias se advierte como la medida más adecuada, dado que le brinda a la peticionaria los elementos necesarios para el ejercicio y amparo de los mismos. En adición, los acuerdos para la regulación de la cuota alimentaria en favor de [D.A.M.J.], cuando era menor de edad y ahora que alcanzó la adultez, se han buscado y conseguido por la mediación de distintas autoridades, incluidas las del sistema jurídico nacional ordinario. Es decir, el señor [padre] ya se ha sometido a aquellas y ha reconocido su facultad para mediar ante este tipo de situaciones, situación que ahora él y la autoridad indígena de su comunidad desconocen. (...) [P]or todas las anteriores consideraciones, la Sala descarta la competencia de las autoridades indígenas que hacen parte del presente conflicto. En su lugar, observa que, en el marco jurídico ordinario, la Defensoría de Familia – Centro Zonal Sibundoy – Regional Putumayo es competente para adelantar el trámite de la audiencia de conciliación para fijación de cuota alimentaria, por disposición del artículo 8º del Decreto 4840 de 2007 (...)”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la obligación constitucional del legislador de expedir una ley de coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y los órganos del sistema jurídico mayoritario, ver: Corte Constitucional. Sentencia C-139 del 9 de abril de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre los factores para determinar las competencias entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, ver: Corte Constitucional. Sentencias T-617 de 2010; C-463 de 2014 y T-387 de 2020.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 29 de noviembre de 2022; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00078-00\(C\)](#)

**2. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que el Tribunal Superior del Distrito**

## Judicial de Pereira es la autoridad competente para resolver la petición presentada por un juez de la República, relacionada con la habilitación de «trabajo en casa».

*Síntesis del caso: Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, con el fin de establecer la autoridad competente para resolver la petición presentada por un juez de la República, relacionada con la habilitación de «trabajo en casa».*

CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA / TRABAJO EN CASA / MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO / VINCULACIÓN A ENTIDAD PÚBLICA POR RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA / ACUERDO DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / TELETRABAJO / CONCEPTO DE TELETRABAJO / REGLAMENTO DEL TELETRABAJO / ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES / RAMA JUDICIAL / FUNCIONAMIENTO DE LA RAMA JUDICIAL / LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RAMA JUDICIAL / TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL / FACULTAD NOMINADORA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL / NOMINADOR / JUEZ / CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / FUNCIONES DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

*Problema jurídico: ¿El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira es la autoridad competente para responder la petición elevada por el Juez Segundo Civil del Circuito de Pereira, relacionada con la habilitación de trabajo en casa?*

**Tesis:** “A través de [la Ley 2088 de 2021] (...) se regula la habilitación de trabajo en casa como una forma de prestación del servicio en situaciones ocasionales, excepcionales o especiales, que se presenten en el marco de una relación laboral, legal y reglamentaria con el Estado o con el sector privado, sin que conlleve variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral. (...) [E]l trabajo en casa es aquel que se realiza por fuera del sitio habitual, de forma transitoria, en situaciones excepcionales, ocasionales o especiales, en el cual se da prioridad a las tecnologías de la información y las comunicaciones. Al adoptar esta modalidad el empleador o nominador mantiene las facultades frente al trabajador, de supervisar las tareas desarrolladas y dar por terminada la habilitación de esta forma de trabajo, cuando desaparezcan las circunstancias que le dieron origen. La implementación de este tipo de actividades no requiere modificación del reglamento interno de trabajo, ni del manual de funciones y debe realizarse con total respeto de las garantías del servicio público. (...) En [la Ley 270 de 1996] (...) se señalan los principios de la administración de justicia, su estructura, función jurisdiccional, integración de corporaciones y despachos judiciales, funciones, administración, gestión y control de la Rama Judicial, entre otros aspectos que hacen parte de los elementos de la función pública que cumple el Estado. (...) [De acuerdo con esta ley], es claro que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial son los nominadores de los jueces de la República y, por tanto, sus superiores en el ámbito administrativo, en razón de lo cual tienen entre sus funciones las de elegirlos, de una lista previamente elaborada por el Consejo Seccional respectivo; evaluar el factor cualitativo de la calificación de servicios; otorgar permisos; comunicar novedades administrativas y de otro orden y velar por el cumplimiento de los deberes. Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura y sus seccionales se concentran en la administración de la Rama Judicial y, en ese sentido, entre otras obligaciones, se encuentra la de incorporar tecnología, de la más alta calidad, al servicio de la administración de justicia. (...) [C]on la expedición de la Ley 2088 de 2021, que reguló puntualmente la modalidad de «trabajo en casa», de forma general, para servidores públicos y trabajadores del sector privado, con el fin de que pudieran desempeñar transitoriamente sus funciones o actividades laborales por fuera del sitio donde habitualmente las realizaban, se estableció que sería el empleador o nominador el facultado para la habilitación de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 y 9 de la citada normativa. (...) Es cierto que los citados artículos no hacen referencia puntual a que los magistrados de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial respectivos deben habilitar el «trabajo en casa» respecto de los jueces de la República de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, por ser sus nominadores, es claro que son las autoridades llamadas a autorizarles dicha modalidad de trabajo, cuando se adviertan dificultades asociadas a la conectividad, tal como se desprende de la Ley 2088 de 2021. (...) [Por otra parte], para el caso de los trabajadores de la Rama Judicial, el Acuerdo del Consejo

Superior de la Judicatura PCSJA22-12024 del 14 de diciembre de 2022 reglamentó el «teletrabajo» y establece, en su artículo 10, que, para acceder a esta modalidad de prestación de servicios también es el nominador quien da viabilidad a la solicitud y, además, quien debe suscribir el acuerdo que permite tal habilitación. (...) Así entonces, de las disposiciones analizadas se evidencia que, tanto una solicitud atinente al «trabajo en casa» (pretendido por el peticionario) o al «teletrabajo», debe ser respondida por el nominador, quien habilita y da viabilidad a ambas pretensiones. Para el caso del Juez Segundo Civil del Circuito de Pereira, el nominador es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en virtud de lo establecido en el artículo 131 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Por consiguiente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, a través de su Sala Plena, es la entidad encargada de resolver la solicitud que dio origen al presente conflicto de competencias administrativas, por ser el nominador y superior, en el campo administrativo del funcionario judicial.”

**NOTA DE RELATORÍA 1:** En este pronunciamiento se incluye un acápite sobre el contenido de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual «se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones».

**NOTA DE RELATORÍA 2:** En este pronunciamiento se incluye un acápite sobre el contenido del Acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, a través del cual el Consejo Superior de la Judicatura estableció la forma en que debía prestarse el servicio de administración de justicia a través de medios digitales y virtuales, la garantía de las actividades presenciales de los servidores judiciales en cada despacho judicial y sede administrativa, y las condiciones del trabajo en casa.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 25 de enero de 2023; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00245-00\(C\)](#)

### **3. La Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de la función preventiva, no puede acceder masivamente a los datos personales que reposan en las bases de datos administradas por una entidad pública o por particulares que cumplan funciones públicas, como es el caso del Registro Único Nacional de Tránsito.**

**Síntesis del caso:** *El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte consulta a la Sala sobre la posibilidad de que la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de la función preventiva pueda acceder de manera masiva a las bases de datos administradas por entidades públicas del orden nacional, como los Ministerios, y por ende a datos personales de los usuarios de las mismas.*

**DATOS PERSONALES / ADMINISTRACIÓN DE LAS BASES DE DATOS PERSONALES / BASE DE DATOS PERSONALES / MANEJO DE DATOS PERSONALES / PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES / RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES / ENTIDAD PÚBLICA / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FACULTADES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FUNCIONES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO - En ejercicio de la función preventiva la Procuraduría General de la Nación no puede acceder masivamente a datos personales**

**Problema jurídico 1:** *¿La Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de la función preventiva, puede acceder masivamente a los datos personales (privados, semiprivados y sensibles) que reposan en una base de datos administrada por una entidad pública, o por particulares que cumplan funciones públicas?*

**Tesis 1:** “El Ministerio Público es un órgano de control (art. 117 CP), ejercido entre otros, por el procurador general de la Nación (funcionario que es su supremo director, art. 275 CP), por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, a quienes les corresponde la guarda y promoción de los derechos

humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas (art. 118 CP). Si bien las funciones básicas del procurador general de la Nación, sus delegados y agentes se encuentran previstas en el artículo 277 CP, allí no se alude explícitamente a la «función preventiva», aunque sí se confiere la función de «exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria» (núm. 9). (...) De esta manera, para dilucidar en qué consiste la «función preventiva» de ese órgano de control, resulta necesario acudir al Decreto Ley 262 de 2000 (...). [L]a PGN, dentro de su función preventiva, observa o cuida el ejercicio diligente de las funciones públicas, con el objeto de anticiparse, evitar, mitigar la ocurrencia de hechos que afecten los derechos de las personas o el patrimonio público. Y en desarrollo de tal labor preventiva puede exigir a los servidores públicos y a los particulares que cumplan funciones públicas «la información que se considere necesaria». Cabe destacar que en la «Guía Preventiva», la manera de solicitar dicha información se da a través de lo que denomina requerimientos. Nótese que la función preventiva que se comenta alude al «ejercicio de la función pública» correspondiente, y respecto de los servidores públicos y los particulares que cumplan la función, a quienes se les puede realizar el requerimiento de información. En consecuencia, la «clara y específica competencia funcional», exigida por la ley y la jurisprudencia, corresponde a que la PGN puede solicitar información a los servidores públicos y los particulares que cumplan la función pública respecto de la cual se está ejerciendo la función preventiva, con el objeto de anticiparse, evitar, mitigar la ocurrencia de hechos que afecten los derechos de las personas o el patrimonio público en desarrollo de dicha función pública. Claramente corresponde a una información puntual o específica requerida para el ejercicio de la función preventiva, tendiente a evitar el riesgo identificado por la PGN, por lo que la solicitud de información no puede tener el carácter de «masiva». Además, la información que puede requerir la PGN es únicamente sobre las actividades que corresponden a la función pública, sin que tal facultad se extienda a que ese organismo de control solicite información relacionada con los datos personales consignados en el RUNT, sin la autorización del respectivo titular. Concluye entonces la Sala, que en ejercicio de la función preventiva la PGN no puede acceder masivamente a los datos personales (privados, semiprivados y sensibles) que reposan en una base de datos administrada por una entidad pública, o por particulares que cumplan funciones públicas, puesto que tal solicitud no corresponde a una «clara y específica competencia funcional» que le haya sido otorgada por la ley”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre las características del derecho al habeas data, ver: Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre los estándares mínimos de protección de los datos personales, ver: Corte Constitucional, sentencias C-1011 de 2008 y C-748 de 2011.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre el concepto de tratamiento, la distinción entre encargado y responsable de datos personales y sobre la excepción a la obligación de obtener el consentimiento del titular para el tratamiento de datos personales, ver: Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011.

### **DATOS SENSIBLES / INFORMACIÓN PÚBLICA / INFORMACIÓN PRIVADA / INFORMACIÓN SEMIPRIVADA / INFORMACIÓN / INFORMACIÓN PÚBLICA RESERVADA / REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO - El acceso de las autoridades administrativas a información sensible para el cumplimiento de sus funciones no hace parte de las excepciones establecidas por el legislador**

**Problema jurídico 2:** *¿El acceso de las autoridades administrativas a información sensible sin autorización del titular para el cumplimiento de sus funciones hace parte de las excepciones establecidas por el legislador para tal efecto?*

**Tesis 2:** “[F]rente a la información que puede ser transferida a una autoridad pública, la Sala señala lo siguiente: i) Datos públicos: por su naturaleza pública y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 74 de la Constitución Política, a este tipo de datos puede acceder cualquier persona. En consecuencia, pueden ser entregados a una autoridad administrativa que los requiera para el cumplimiento de sus funciones. (...) ii) Datos semiprivados: la Corte Constitucional ha concluido que la información semiprivada, al ser información que está sometida a un grado mínimo de limitación, puede ser obtenida y ofrecida por una autoridad administrativa en cumplimiento de sus funciones (...). iii) Datos privados: a diferencia de la información pública y semiprivada, los datos privados no pueden ser ofrecidos ni obtenidos por una autoridad administrativa que los requiera para el cumplimiento de sus funciones. Lo anterior, por tratarse de información que se enmarca en el ámbito puramente privado (...). iv) Datos sensibles: estos datos no pueden ser entregados a otra autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones. Lo anterior, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 1581 de 2012, disposición que establece, como regla general el no tratamiento de los mismos (...). Como puede observarse, el acceso de las autoridades administrativas a información sensible para el cumplimiento de sus funciones no hace parte de las excepciones establecidas por el legislador. Por lo tanto, no es posible el acceso de las referidas

autoridades a esta información. (...) En suma, la información que puede entregarse a una autoridad administrativa sin la autorización del titular de los datos personales es aquella que corresponde a datos públicos y semiprivados. En este último caso, se requiere que la información sea necesaria para el cumplimiento de sus funciones. En lo que respecta a los datos privados y sensibles, a ellos no puede acceder la autoridad sin la autorización del titular”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre los conceptos de información pública, pública clasificada y pública reservada, ver: Corte Constitucional, sentencia C-276 de 2019

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre los conceptos de información pública, semiprivada y privada, ver: Corte Constitucional, sentencia T-058 de 2015.

**DERECHO AL HABEAS DATA / PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HABEAS DATA / DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN / INFORMACIÓN PÚBLICA / INFORMACIÓN RESERVADA / PRINCIPIOS DE VERACIDAD E IMPARCIALIDAD EN LA INFORMACIÓN / SUMINISTRO DE INFORMACIÓN / REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO / DERECHO A LA INFORMACIÓN / ENTREGA DE INFORMACIÓN DE MANERA ANÓNIMA / DIVULGACIÓN PARCIAL DE LA INFORMACIÓN PRINCIPIO DE MÁXIMA DIVULGACIÓN DE LA INFORMACIÓN / PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN / PRINCIPIO DE FACILITACIÓN DE LA INFORMACIÓN / PRINCIPIO DE LA CALIDAD DE LA INFORMACIÓN / PRINCIPIO DE FINALIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN**

**Problema jurídico 3:** *¿Es posible la entrega de la información del RUNT de manera anónima a la Procuraduría General de la Nación en ejercicio de su función preventiva?*

**Tesis 3:** “[E]s posible concluir lo siguiente respecto a la manera como debe entregarse la información requerida por una autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones: i) Por regla general, el acceso a la información que se encuentra en posesión, bajo control o custodia de una autoridad es pública. ii) En línea con lo anterior, el acceso a dicha información solamente puede ser restringido de manera excepcional, esto es, cuando una disposición constitucional o legal así lo determine. iii) Por consiguiente, la información pública que no se encuentre cubierta por una excepción que restrinja su acceso, debe ser entregada a la parte solicitante. iv) Las autoridades deben responder de manera adecuada a las solicitudes de acceso a la información. En consecuencia, y dentro de los límites legales y constitucionales, deben facilitar el acceso a la información, de tal manera que no pueden establecer exigencias o requisitos que lo obstruyan o impidan. v) La entrega de la información debe realizarse de manera completa, exacta y comprensible. Asimismo, debe ser de fácil consulta, sin barreras técnicas y corresponder a la contenida en la base de datos. vi) Finalmente, por expreso mandato legal, es posible la divulgación parcial de información. A la luz de las conclusiones anteriores, resulta válido afirmar que no es posible la entrega de la información del RUNT de manera anónima, pues i) los nombres y apellidos de las personas son públicos, ii) la información debe entregarse de manera completa, exacta y comprensible, iii) ni la Constitución ni la ley autorizan la entrega anónima de información requerida por una autoridad administrativa en cumplimiento de sus funciones y iv) los responsables de la información no pueden imponer límites o exigencias que obstruyan o impidan el acceso a esta”.

**DATOS SENSIBLES / INFORMACIÓN PÚBLICA / INFORMACIÓN PRIVADA / INFORMACIÓN SEMIPRIVADA / INFORMACIÓN / INFORMACIÓN PÚBLICA RESERVADA / REGISTRO ÚNICO NACIONAL DE TRÁNSITO - El acceso de las autoridades administrativas a información sensible para el cumplimiento de sus funciones no hace parte de las excepciones establecidas por el legislador**

**Problema jurídico 4:** *¿La adopción de un modelo analítico y el interés por identificar incrementos patrimoniales son instrumentos que justifican el acceso a la información del RUNT por parte de la Procuraduría General de la Nación?*

**Tesis 4:** “Para la Sala, la adopción de un modelo analítico y el interés por identificar incrementos patrimoniales son instrumentos que, en sí mismos, no justifican el acceso a la información del RUNT por parte de la Procuraduría General de la Nación, puesto que teniendo en cuenta los parámetros establecidos por la ley y la jurisprudencia, no se cumpliría con el principio de finalidad. A lo anterior debe sumarse que, como se explicó anteriormente, la Procuraduría en ejercicio de su función preventiva, no está facultada para acceder a la información. (...) Como puede observarse, las motivaciones que justifican la recopilación y tratamiento de los datos que hacen parte del RUNT, no encuadran en el propósito alegado por la Procuraduría para acceder a los mismos, toda vez que el señalado registro no fue concebido como un instrumento para la lucha contra la corrupción, sino como un sistema de información para la adecuada

administración de los datos relevantes en materia de transporte, los cuales están sujetos a la protección que la Constitución otorga a las personas -derecho al habeas data- en los términos expuestos en este concepto, en particular frente al principio de finalidad”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de finalidad de la información, ver: Corte Constitucional, sentencias C-748 de 2011, SU-458 de 2012 y T-729 de 2002.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2458 del 6 de mayo de 2021; C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2020-00234-00\(2458\). Levantamiento de reserva mediante auto del 13 de marzo de 2023.](#)

## **4. No es posible prorrogar los contratos de arrendamiento vigentes celebrados con los usuarios operadores de zonas francas que operan sobre los terrenos de propiedad de la Nación -como una forma de garantizar la disponibilidad jurídica exigida para la prórroga del término de la zona franca-, sino que es necesario adelantar un proceso de licitación pública para seleccionar al usuario operador y, por ende, suscribir con él un nuevo contrato de arrendamiento.**

*Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuar acerca de la viabilidad jurídica de expedir un decreto que modifique el régimen de zonas francas para prorrogar la declaratoria de existencia de las zonas francas y los contratos de arrendamiento suscritos con los usuarios operadores.*

ZONA FRANCA / CONCEPTO DE ZONA FRANCA / FUNCIÓN DE LA ZONA FRANCA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA ZONA FRANCA / OPERADOR DE ZONA FRANCA / REGÍMENES DE LA ZONA FRANCA / USUARIO DE LA ZONA FRANCA / REGLAMENTACIÓN DE LA ZONA FRANCA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ESTATAL ESPECIAL / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ZONA FRANCA / RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO / LICITACIÓN PÚBLICA / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA / CONVOCATORIA PÚBLICA / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

*Problema jurídico 1: ¿La licitación pública es el proceso contractual indicado para la selección del usuario operador de zona franca respecto de aquellos procesos regulados por el Estatuto de Contratación Pública?*

Tesis 1: “El Decreto 2480 de 1993 fue expedido por el presidente de la República, con el fin de darle continuidad al régimen de zonas francas que venían siendo operadas por aquellos establecimientos públicos cuya supresión y liquidación fue ordenada por el Decreto 2111 de 1992, entre ellos, los que operaban las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. El artículo 4 ibidem estableció que los interesados en la declaratoria de la zona franca y la selección del usuario operador debían presentar solicitud escrita ante el Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), acompañada de una serie de documentos, tales como: i) los que acrediten la constitución de la sociedad que actuará como usuario operador; ii) la oferta o propuesta de celebrar un contrato de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones; iii) el programa de desarrollo de la zona; iv) el plan de sistematización del procedimiento para el ingreso y salida de mercancías de la zona franca; y, v) los demás exigidos por dicho ministerio. Dentro de los documentos exigidos se resalta la oferta o propuesta de celebrar un contrato de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones de propiedad de la Nación donde iba a operar una zona franca, previamente declarada como tal. (...) De lo anterior, se extraen las siguientes conclusiones: a. La misma norma, en su momento, determinó que el negocio jurídico que debía realizarse,

en caso de que un interesado fuera seleccionado como usuario operador de una zona franca declarada para funcionar en terrenos de propiedad de la Nación, era el contrato de arrendamiento sobre dichos terrenos. Y estos son los contratos que están vigentes y que son objeto de la presente consulta. b. Las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y sus usuarios operadores fueron seleccionados previo un proceso abierto de convocatoria pública, en el cual pudo participar todo aquel que cumpliera los requisitos y condiciones establecidos, lo que garantizó los principios de libre concurrencia y transparencia. (...) [E]l contrato de arrendamiento que se suscribe sobre los terrenos de propiedad de la Nación para el desarrollo de las actividades de la zona franca es de naturaleza especial y propia, por cuanto: a. Quien tiene la condición de arrendatario es quien tiene la calidad de usuario operador; b. Las obligaciones del arrendatario (usuario operador) están íntimamente relacionadas con la operación de la zona franca; c. Los contratos de arrendamiento para la operación de las zonas francas contienen cláusulas que no son propias de un contrato de arrendamiento ordinario, como la reversión al ministerio de las nuevas construcciones y mejoras que se le realicen a los bienes existentes; la obligación del usuario operador de hacer inversiones en los bienes destinados para la operación de las zonas francas; la obligación del usuario operador de dar cumplimiento estricto a las disposiciones propias de la zona franca; la utilización del término de «usuario operador», en vez de «arrendatario», para identificar a quien tiene el uso y goce de los bienes. (...) La Sala al analizar las disposiciones que regulan el requisito de la disponibilidad jurídica contenidas en el Decreto 2147 de 2016, concluyó, respecto de los terrenos de propiedad de la Nación, que este requisito no puede cumplirse, por cuanto el Estado no puede garantizarle a una persona la disponibilidad jurídica de los terrenos de su propiedad, a menos que dicha persona haya sido seleccionada como usuario operador de la zona franca para el período de vigencia de la prórroga, es decir, que el contrato de arrendamiento solo lo puede suscribir la Nación con el usuario operador que haya sido seleccionado, pero fruto de un proceso abierto y público. (...) Como corolario de lo anterior, no es posible prorrogar los contratos de arrendamiento vigentes que recaen sobre los terrenos de propiedad de la Nación como una forma de garantizar la disponibilidad jurídica exigida para la prórroga del término de la zona franca, sino que es necesario adelantar un proceso de licitación pública para seleccionar al usuario operador, y, por ende, suscribir con él un nuevo contrato de arrendamiento. En este punto, es importante reiterar, tal como se mencionó en líneas anteriores, que las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, entre otras, luego de su supresión y liquidación como establecimientos públicos, fueron reguladas por el Decreto 2480 de 1993, reglamento que consagró el procedimiento de convocatoria pública para su declaratoria como zonas francas y para la selección del usuario operador. Para tal efecto, el Ministerio de Comercio Exterior de entonces debía fijar los términos y condiciones mínimas para proponer, y el plazo límite para presentar las solicitudes. Luego de vencido el plazo límite para la presentación de las solicitudes, dicho ministerio debía expedir «la resolución de selección del usuario-operador y de declaratoria de la respectiva zona franca, escogiendo la solicitud que se ajuste mejor a los términos y condiciones establecidos en la convocatoria pública». Dicha resolución debía contener los requisitos establecidos en el artículo 8 del citado decreto. Una vez expedida, el ministerio debía proceder a la suscripción del contrato de arrendamiento con el usuario operador seleccionado. En consecuencia, las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y sus usuarios operadores fueron declaradas y seleccionados, respectivamente, como resultado de una convocatoria pública, y los contratos de arrendamiento, hoy vigentes, suscritos sobre los bienes y terrenos de propiedad de la Nación donde funcionan dichas zonas francas, por ser inescindibles a ellas, se entienden precedidos, igualmente, de dicha convocatoria pública. Con este procedimiento se estaban garantizando los principios de libre concurrencia y transparencia contenidos en la Ley 80 de 1993. Debido a que tal decreto se encuentra derogado, debe acudirse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 sobre procedimientos de selección. Dentro de los procedimientos allí establecidos, la licitación pública es la que cumple, plenamente, con la garantía de tales principios, entre otros (...). De otro lado, sobre la posibilidad de prorrogar nuevamente los contratos de arrendamiento suscritos con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la Sala, en conceptos anteriores, ya la había desestimado por considerar que esta «es contraria a los principios de igualdad, libre concurrencia y libre competencia», debido a que tales contratos habían sido objeto de varias prórrogas que llevaron a que un plazo inicial de quince años se convirtiera en treinta años, los cuales se cumplen en junio de 2024. Igualmente, prorrogar una vez más los contratos de arrendamiento mencionados implica adicionar su valor, con lo cual se supera el límite establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual «los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el régimen de las zonas francas y, en especial las de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2448 del 26 de abril de 2021 y el 2385 del 23 de abril de 2019; 2219-2241 AM del 12 de junio de 2015 (alcance y la interpretación del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y de los artículos 1º y 8º del Decreto 4054 de 2011, sobre la obligación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de transferir a CISA los inmuebles en donde operan las zonas francas industriales de bienes o servicios); 1586 del 7 de octubre de 2004 (Zona Franca. Interpretación y aplicación del artículo 402 del Estatuto Aduanero. Decreto 2685 de 1999); 1157 del 14 de diciembre de 1998 (Zonas Francas. Enajenación de la totalidad de los bienes que las conforman. Viabilidad de modificar el plan de inversión de Zona Franca, adjudicada

por licitación); 1291 del 4 de junio de 1979 (Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena. Capacidad del gerente y de la Junta Directiva en materia de contratación).

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la naturaleza de los contratos de arrendamiento que se suscribe sobre los terrenos de propiedad de la Nación para el desarrollo de las actividades de la zona franca, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2448 del 26 de abril de 2021 y 1157 del 14 de diciembre de 1998.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre el cumplimiento del requisito de disponibilidad jurídica para el caso de la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2448 del 26 de abril de 2021.

**ZONA FRANCA / REGÍMENES DE LA ZONA FRANCA / USUARIO DE LA ZONA FRANCA / REGLAMENTACIÓN DE LA ZONA FRANCA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ZONA FRANCA / RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ESTATAL ESPECIAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO / LICITACIÓN PÚBLICA / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA / CONVOCATORIA PÚBLICA**

**Problema jurídico 2:** *¿Es posible prorrogar, por tres años adicionales, los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de zonas francas ubicadas en terrenos de propiedad, total o parcial, de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo?*

**Tesis 2:** “[S]e reitera que no es posible prorrogar los contratos de arrendamiento que existen actualmente con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, por las siguientes razones: a. Si bien el Decreto 2147 de 2016, adicionado por el Decreto 1054 de 2019, reguló la prórroga de las zonas francas que operan tanto en bienes de la Nación como en bienes de propiedad de particulares, no se refirió a la prórroga de los contratos de arrendamiento que tienen suscritos los usuarios operadores con la Nación, por lo que no puede interpretarse tal disposición en el sentido de que con la prórroga de la zona franca automáticamente se prorrogan tales contratos, pues se estaría vulnerando el estatuto de contratación estatal. Dicha normativa debe interpretarse de manera sistemática y armónica con los principios constitucionales y legales que rigen la contratación de las entidades estatales, y con las demás normas de la Ley 80 de 1993 que resulten aplicables. b. Dichos contratos de arrendamiento recaen sobre bienes de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y, por lo tanto, se deben regir por los principios de la contratación estatal contenidos en la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que la modifiquen, sustituyan o complementen. c. Tales contratos ya habían sido prorrogados en varias oportunidades, ampliándose su plazo inicial de quince años a treinta años, por lo que una prórroga adicional vulnera los principios de igualdad, libre concurrencia y libre competencia. d. Prorrogar una vez más los contratos de arrendamiento mencionados implica adicionar su valor inicial, entendido este como el canon de arrendamiento, con lo cual se supera el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. e. Dada la imposibilidad de prorrogar los contratos de arrendamiento referidos, el Ministerio debe proceder, mediante licitación pública, a seleccionar a los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca que explotarán dichas zonas francas a partir del 2024, y con aquellos que sean seleccionados se suscribirán los respectivos contratos de arrendamiento de los bienes de su propiedad. f. El proceso de licitación pública es para la declaratoria de las zonas francas y la selección de los usuarios operadores. Tal procedimiento es necesario habida cuenta que el Estado está entregando un bien de su propiedad para ser explotado por terceros particulares. Una vez adelantado este proceso abierto y público, se suscribe el contrato de arrendamiento con quien fuere seleccionado como usuario operador. Por el carácter inescindible que existe entre la zona franca y el contrato de arrendamiento, tal proceso licitatorio irradia el contrato estatal de arrendamiento. Por la naturaleza jurídica especial que tienen dichos contratos, pues no son arrendamientos común y corriente, sino que están íntimamente ligados al cumplimiento de obligaciones relacionadas con la promoción, administración, dirección y operación de las zonas francas, es que no procede la contratación directa”.

**ZONA FRANCA / CONCEPTO DE ZONA FRANCA / FUNCIÓN DE LA ZONA FRANCA / NATURALEZA JURÍDICA DE LA ZONA FRANCA / OPERADOR DE ZONA FRANCA / REGÍMENES DE LA ZONA FRANCA / USUARIO DE LA ZONA FRANCA / REGLAMENTACIÓN DE LA ZONA FRANCA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ESTATAL ESPECIAL / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ZONA FRANCA / RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO / LICITACIÓN PÚBLICA / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA**

## / CONVOCATORIA PÚBLICA / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

**Problema jurídico 3:** *¿La licitación pública es el proceso contractual indicado para la selección del usuario operador de zona franca respecto de aquellos procesos regulados por el Estatuto de Contratación Pública?*

**Tesis 3:** “El Decreto 2480 de 1993 fue expedido por el presidente de la República, con el fin de darle continuidad al régimen de zonas francas que venían siendo operadas por aquellos establecimientos públicos cuya supresión y liquidación fue ordenada por el Decreto 2111 de 1992, entre ellos, los que operaban las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. El artículo 4 ibidem estableció que los interesados en la declaratoria de la zona franca y la selección del usuario operador debían presentar solicitud escrita ante el Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), acompañada de una serie de documentos, tales como: i) los que acrediten la constitución de la sociedad que actuará como usuario operador; ii) la oferta o propuesta de celebrar un contrato de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones; iii) el programa de desarrollo de la zona; iv) el plan de sistematización del procedimiento para el ingreso y salida de mercancías de la zona franca; y, v) los demás exigidos por dicho ministerio. Dentro de los documentos exigidos se resalta la oferta o propuesta de celebrar un contrato de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones de propiedad de la Nación donde iba a operar una zona franca, previamente declarada como tal. (...) De lo anterior, se extraen las siguientes conclusiones: a. La misma norma, en su momento, determinó que el negocio jurídico que debía realizarse, en caso de que un interesado fuera seleccionado como usuario operador de una zona franca declarada para funcionar en terrenos de propiedad de la Nación, era el contrato de arrendamiento sobre dichos terrenos. Y estos son los contratos que están vigentes y que son objeto de la presente consulta. b. Las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y sus usuarios operadores fueron seleccionados previo un proceso abierto de convocatoria pública, en el cual pudo participar todo aquel que cumpliera los requisitos y condiciones establecidos, lo que garantizó los principios de libre concurrencia y transparencia. (...) [E]l contrato de arrendamiento que se suscribe sobre los terrenos de propiedad de la Nación para el desarrollo de las actividades de la zona franca es de naturaleza especial y propia, por cuanto: a. Quien tiene la condición de arrendatario es quien tiene la calidad de usuario operador; b. Las obligaciones del arrendatario (usuario operador) están íntimamente relacionadas con la operación de la zona franca; c. Los contratos de arrendamiento para la operación de las zonas francas contienen cláusulas que no son propias de un contrato de arrendamiento ordinario, como la reversión al ministerio de las nuevas construcciones y mejoras que se le realicen a los bienes existentes; la obligación del usuario operador de hacer inversiones en los bienes destinados para la operación de las zonas francas; la obligación del usuario operador de dar cumplimiento estricto a las disposiciones propias de la zona franca; la utilización del término de «usuario operador», en vez de «arrendatario», para identificar a quien tiene el uso y goce de los bienes. (...) La Sala al analizar las disposiciones que regulan el requisito de la disponibilidad jurídica contenidas en el Decreto 2147 de 2016, concluyó, respecto de los terrenos de propiedad de la Nación, que este requisito no puede cumplirse, por cuanto el Estado no puede garantizarle a un persona la disponibilidad jurídica de los terrenos de su propiedad, a menos que dicha persona haya sido seleccionada como usuario operador de la zona franca para el período de vigencia de la prórroga, es decir, que el contrato de arrendamiento solo lo puede suscribir la Nación con el usuario operador que haya sido seleccionado, pero fruto de un proceso abierto y público. (...) Como corolario de lo anterior, no es posible prorrogar los contratos de arrendamiento vigentes que recaen sobre los terrenos de propiedad de la Nación como una forma de garantizar la disponibilidad jurídica exigida para la prórroga del término de la zona franca, sino que es necesario adelantar un proceso de licitación pública para seleccionar al usuario operador, y, por ende, suscribir con él un nuevo contrato de arrendamiento. En este punto, es importante reiterar, tal como se mencionó en líneas anteriores, que las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, entre otras, luego de su supresión y liquidación como establecimientos públicos, fueron reguladas por el Decreto 2480 de 1993, reglamento que consagró el procedimiento de convocatoria pública para su declaratoria como zonas francas y para la selección del usuario operador. Para tal efecto, el Ministerio de Comercio Exterior de entonces debía fijar los términos y condiciones mínimas para proponer, y el plazo límite para presentar las solicitudes. Luego de vencido el plazo límite para la presentación de las solicitudes, dicho ministerio debía expedir «la resolución de selección del usuario-operador y de declaratoria de la respectiva zona franca, escogiendo la solicitud que se ajuste mejor a los términos y condiciones establecidos en la convocatoria pública». Dicha resolución debía contener los requisitos establecidos en el artículo 8 del citado decreto. Una vez expedida, el ministerio debía proceder a la suscripción del contrato de arrendamiento con el usuario operador seleccionado. En consecuencia, las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y sus usuarios operadores fueron declaradas y seleccionados, respectivamente, como resultado de una convocatoria pública, y los contratos de arrendamiento, hoy vigentes, suscritos sobre los bienes y terrenos de propiedad de la Nación donde funcionan dichas zonas francas, por ser inescindibles a ellas, se entienden precedidos, igualmente, de dicha convocatoria pública. Con este procedimiento se estaban garantizando los principios de libre concurrencia y transparencia contenidos en la Ley 80 de 1993. Debido a que tal decreto se encuentra

derogado, debe acudirse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 sobre procedimientos de selección. Dentro de los procedimientos allí establecidos, la licitación pública es la que cumple, plenamente, con la garantía de tales principios, entre otros (...). De otro lado, sobre la posibilidad de prorrogar nuevamente los contratos de arrendamiento suscritos con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la Sala, en conceptos anteriores, ya la había desestimado por considerar que esta «es contraria a los principios de igualdad, libre concurrencia y libre competencia», debido a que tales contratos habían sido objeto de varias prórrogas que llevaron a que un plazo inicial de quince años se convirtiera en treinta años, los cuales se cumplen en junio de 2024. Igualmente, prorrogar una vez más los contratos de arrendamiento mencionados implica adicionar su valor, con lo cual se supera el límite establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual «los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre el régimen de las zonas francas y, en especial las de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2448 del 26 de abril de 2021 y el 2385 del 23 de abril de 2019; 2219-2241 AM del 12 de junio de 2015 (alcance y la interpretación del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y de los artículos 1º y 8º del Decreto 4054 de 2011, sobre la obligación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de transferir a CISA los inmuebles en donde operan las zonas francas industriales de bienes o servicios); 1586 del 7 de octubre de 2004 (Zona Franca. Interpretación y aplicación del artículo 402 del Estatuto Aduanero. Decreto 2685 de 1999); 1157 del 14 de diciembre de 1998 (Zonas Francas. Enajenación de la totalidad de los bienes que las conforman. Viabilidad de modificar el plan de inversión de Zona Franca, adjudicada por licitación); 1291 del 4 de junio de 1979 (Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena. Capacidad del gerente y de la Junta Directiva en materia de contratación).

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre la naturaleza de los contratos de arrendamiento que se suscribe sobre los terrenos de propiedad de la Nación para el desarrollo de las actividades de la zona franca, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2448 del 26 de abril de 2021 y 1157 del 14 de diciembre de 1998.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre el cumplimiento del requisito de disponibilidad jurídica para el caso de la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2448 del 26 de abril de 2021.

## **DECRETO REGLAMENTARIO / POTESTAD REGLAMENTARIA / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ZONA FRANCA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ESTATAL ESPECIAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO**

**Problema jurídico 4:** *¿Procede la expedición de un decreto reglamentario para prorrogar los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de zonas francas ubicadas en terrenos de propiedad, total o parcial, de la Nación?*

**Tesis 4:** “En ejercicio de la potestad reglamentaria, el presidente de la República puede reglamentar la declaratoria de las zonas francas que operen en terrenos de propiedad de la Nación y la selección del usuario operador, con el fin de que este régimen franco se ajuste a los principios de libre competencia económica y a los de la función administrativa de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución. Igualmente, a los principios de la contratación estatal de libre concurrencia, libre competencia, igualdad de oportunidades, transparencia, selección objetiva, entre otros. No obstante, tal potestad reglamentaria, es importante precisar que en la consulta se pregunta si debe expedirse un decreto reglamentario para prorrogar los contratos de arrendamiento actualmente celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas ubicadas en terrenos de propiedad total o parcial de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. La expedición de un decreto reglamentario para tal fin implica prorrogar los contratos de arrendamiento, ya no por vía de la suscripción de una modificación del contrato en cuanto a su plazo, sino por vía de un reglamento. Al respecto, la Sala ha manifestado, desde años atrás, que no procede la prórroga de estos contratos y que la vía indicada es sacar un proceso licitatorio para la declaratoria de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y para la selección de los usuarios operadores, y una vez seleccionados, se suscribirá con ellos los contratos de arrendamiento correspondientes. Por lo tanto, la Sala considera que no es procedente expedir un decreto reglamentario en los términos planteados en la consulta”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la potestad reglamentaria del presidente de la República, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, Rad.: 110010325000201400307 00 (0914-14)

del 10 de diciembre de 2020; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicado 11001-03-26-000-2003-00014-01, Expediente 24715.

**ZONA FRANCA / REGÍMENES DE LA ZONA FRANCA / USUARIO DE LA ZONA FRANCA / REGLAMENTACIÓN DE LA ZONA FRANCA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ESTATAL ESPECIAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO / LICITACIÓN PÚBLICA / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA / CONVOCATORIA PÚBLICA / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

**Problema jurídico 5:** *¿Las disposiciones especiales (No Contractuales) del artículo 26 y siguientes del Decreto 2147 de 2016, expedido en el marco de las Leyes 7 de 1991, 1004 de 2005 y 1609 de 2013, en materia de requisitos que debe acreditar el Usuario Operador, deben entenderse como reglas que deben cumplirse en el marco de un proceso de licitación?*

**Tesis 5:** “La regulación contenida en este Decreto 1054 presenta algunas dificultades, en su aplicación, respecto a las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca que operan en terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Ello, por lo siguiente: a. La iniciativa para la declaratoria de estas zonas francas surgió, en su momento, de la misma administración (Ministerio de Comercio Exterior de entonces), la que adelantó un proceso de convocatoria pública. Si se llega a requerir una nueva declaratoria de zona franca en dichos terrenos, la iniciativa tendría que provenir de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pues es él el propietario de los terrenos. b. Pero, en gracia de discusión, si la iniciativa surgiera de un particular (quien se postula como usuario operador), que en virtud del Decreto 2147 de 2016 debe ser una persona jurídica, este tendría que garantizar la disponibilidad de los terrenos, y para ello debe allegar el contrato suscrito con el propietario de los mismos, que para el caso sería el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. El Ministerio, como se indicó en líneas anteriores, no puede suscribir un contrato con un particular, para que este acredite la disponibilidad jurídica de los terrenos en donde operará la zona franca, sin garantizar la observancia de los principios de la contratación estatal (igualdad, transparencia, libre concurrencia, libre competencia, selección objetiva, imparcialidad, responsabilidad, entre otros). Lo anterior, habida cuenta de que el contrato que llegare a suscribir dicho ministerio con quien se vaya a postular como usuario operador es un contrato de naturaleza estatal. c. Además de lo anterior, si los terrenos donde va a operar una zona franca son de propiedad de la Nación, esta no podría limitar la participación solo a quien decida postularse como usuario operador, por el contrario, la declaratoria de la zona franca y la selección del usuario operador deben obedecer a postulados participativos, abiertos, públicos, de tal manera que todo aquel que desee participar pueda hacerlo, en la medida en que cumpla con los requisitos señalados en la norma jurídica. d. El interés de mantener o terminar las zonas francas que operan en terrenos de propiedad de la Nación es de la misma Nación, no solo porque los inmuebles en donde funciona la zona franca son de su propiedad, sino, además, por los motivos económicos y sociales de interés público que están involucrados en este tipo de actividades y áreas geográficas (aumento de las exportaciones y de la competitividad, creación de empleo, desarrollo regional, etc.). En consecuencia, hay muchas exigencias del régimen franco que, respecto a las zonas francas que operan en terrenos de propiedad de la Nación, o en general en terrenos públicos, no pueden aplicarse de la manera como están concebidas, pues se estarían vulnerando los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución y, por ende, los principios de la contratación estatal (Ley 80 de 1993). Y no puede olvidarse que, en materia de jerarquía normativa, la Constitución y la ley están por encima de un decreto reglamentario. Una forma de integrar las disposiciones especiales - no contractuales – del Decreto 2147 de 2016, en materia de requisitos que debe acreditar el usuario operador, es incorporarlas en unos pliegos de condiciones que rijan un proceso licitatorio o una convocatoria pública. Como lo señaló la Corte Constitucional, la licitación pública es la mejor manera para que la administración asegure los principios constitucionales de moralidad administrativa, igualdad, libre concurrencia y publicidad, y preserve siempre el interés público que debe regir todas sus actuaciones. Y, el pliego de condiciones, como uno de los actos propios de un proceso licitatorio, es el instrumento que contiene las reglas, que elabora exclusivamente la administración, para disciplinar el procedimiento correspondiente. (...) En conclusión, la norma establecida en el Decreto 2147 de 2016 para seleccionar usuario operador de las zonas francas, no es compatible cuando el interesado pretenda operar una zona franca que funcione en terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Ello, por cuanto, la norma dispone que el interesado en ser usuario operador se postule con la solicitud de declaratoria de zona franca, pero, en terrenos públicos no es posible limitar la participación de las personas que pretendan la declaratoria de zona franca y ser su usuario operador. Al ser terrenos de propiedad de la Nación se deben adelantar procedimientos abiertos que garanticen la participación de todo aquel que así lo desee y cumpla con los requisitos exigidos. Tampoco, la Nación

puede celebrar contratos sobre dichos terrenos públicos sin atender a los principios de publicidad, libre concurrencia, libre competencia, igualdad, selección objetiva, moralidad pública, transparencia, entre otros. Por lo tanto, la administración debe abrir una licitación pública e incorporar en los pliegos de condiciones que la regule las disposiciones especiales - no contractuales - del Decreto 2147 de 2016, en materia de requisitos que debe acreditar el usuario operador”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la licitación pública y sus características, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-713 de 2006.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2478 del 21 de septiembre de 2022; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00101-00\(2478\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 9 de marzo de 2023.](#)

### **Aclaración de voto de la consejera Maria del Pilar Bahamón Falla**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / ZONA FRANCA / REGÍMENES DE LA ZONA FRANCA / USUARIO DE LA ZONA FRANCA / REGLAMENTACIÓN DE LA ZONA FRANCA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ZONA FRANCA / RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ESTATAL ESPECIAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO**

**Problema jurídico 1:** *¿Las prórrogas de los actuales contratos de arrendamiento con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca están prohibidas?*

Tesis 1: “[N]o comparto la afirmación contenida en el cuerpo del concepto según la cual, la prórroga de los contratos estatales es inviable por el hecho de haber sido ya objeto de prórrogas anteriores. En el asunto materia del concepto, considero que la inviabilidad de la prórroga del contrato de arrendamiento se da porque no se puede escindir la relación contractual derivada del pacto de arrendamiento del bien público, de la explotación de la zona franca, lo cual como se ha dicho, implica que para la escogencia de un nuevo operador, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo deba adelantar un proceso de licitación pública, por cuanto no existe norma especial que señale expresamente procedimiento distinto que permita garantizar los principios de la función pública y de la contratación estatal. Adicionalmente, en razón al carácter inescindible entre la autorización para la explotación de las zonas francas y el arrendamiento de los predios, no se pueden predicar plazos distintos para cada figura, como se desprende de la consulta del ministerio, pues como es sabido el plazo legal de la autorización y el arrendamiento es de 10 años; por lo tanto, como ya se ha dicho, mal podría celebrarse una prórroga del arrendamiento en forma independiente a la autorización de explotación, y menos aún por 3 años”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la prohibición de prórrogas sucesivas y automáticas en los contratos estatales, ver: Corte Constitucional, sentencias C-949 de 2001, C-068 de 2009 y C-300 de 2012.

#### **ZONA FRANCA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ESTATAL ESPECIAL / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL DE ARRENDAMIENTO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / VALOR INICIAL DEL CONTRATO ESTATAL**

**Problema jurídico 2:** *¿Los contratos celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para la explotación de zonas francas deben tener el mismo tratamiento que los contratos de concesión que celebra el Estado con particulares para la explotación de bienes o servicios públicos?*

Tesis 2: “Cabría entonces preguntarnos: cómo resultan posibles jurídicamente las prórrogas de los contratos de concesión que celebra el Estado con particulares para la explotación de bienes o servicios públicos, verbi gracia de nuevo, los contratos de concesión para la prestación de servicios de televisión y otrora de telecomunicaciones, en los que las prórrogas han supuesto el mismo plazo pactado (10 años), y en los que cada período regulatorio implica una nueva valoración del mercado y cálculo de los ingresos proyectados del concesionario, sin que con ello se predique el desconocimiento del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993. La respuesta a esta pregunta, tiene relación directa con el hecho de que por cuenta de este tipo de contratos, el valor pagado por el contratista constituye ingresos al presupuesto de la entidad concesionaria y no hay ordenación de gasto por parte de ésta, pues a nuestro juicio, lo que pretende precaver la norma en cita, es que por vía de adiciones presupuestales superiores al 50% del valor

del contrato, que afectan en presupuesto de egresos de las entidades estatales y que suponen contar con la disponibilidad presupuestal respectiva, se desdibujen y se incumplan los principios de planeación, que debe preceder toda contratación, igualdad, libre concurrencia, libre competencia, y selección objetiva. En los contratos de marras, está claro que no hay erogación para la entidad estatal; por el contrario, el valor inicial de los mismos lo constituye el canon de arrendamiento de los bienes inmuebles afectos a la explotación por parte de los usuarios operadores y el valor determinable está sujeto a la aplicación de una fórmula de cálculo pactada entre las partes. En consecuencia, los contratos celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para la explotación de zonas francas, deberían tener el mismo tratamiento”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la viabilidad jurídica de la modificación del contrato de arrendamiento para la operación de las zonas francas que se ubican en terrenos de la Nación, ver: Consejo de Estado, concepto 2385 del 23 de abril de 2019.

### **ZONA FRANCA / REGÍMENES DE LA ZONA FRANCA / REGLAMENTACIÓN DE LA ZONA FRANCA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO ADMINISTRATIVO / CONTRATO ESTATAL ESPECIAL**

**Problema jurídico 3:** *¿Los contratos celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para la explotación de zonas francas constituyen una categoría especial de contrato de arrendamiento?*

**Tesis 3:** “[S]i bien en los contratos celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para la explotación de zonas francas, en efecto, concurren condiciones especiales, tal como lo ha explicado la Sala en los conceptos 2385 de 2019 y 2448 de 2021, ello no se traduce en la generación de una categoría especial de arrendamiento que la ley no contempla. El contrato de arrendamiento es por definición legal aquel previsto en el artículo 1973 del Código Civil, norma aplicable a los contratos de arrendamiento que celebra el Estado, excepto en lo regulado y aplicable del Estatuto General de Contratación Pública. Por supuesto, no puede desconocerse el carácter inescindible de la vigencia de la declaratoria de existencia de las zonas francas, y del arrendamiento de los predios en los que estas desarrollan su operación, en tanto el arrendamiento viabiliza el despliegue de las actividades de la zona franca respectiva, pero ello, a mi juicio, no transforma la naturaleza del contrato de arrendamiento. En tal orden, se considera que el lenguaje debe orientarse a reconocer las características propias, particulares y específicas de la relación contractual integral entre el Estado y el usuario operador, más no a calificar de especial el contrato de arrendamiento del bien público”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las condiciones especiales de los contratos celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para la explotación de zonas francas, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2385 de 2019 y 2448 de 2021.

### **DECRETO REGLAMENTARIO / POTESTAD REGLAMENTARIA / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / ZONA FRANCA / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO**

**Problema jurídico 4:** *¿El artículo 140 del Decreto 2147 de 2016 derogó integralmente el Decreto 918 de 2001?*

**Tesis 4:** “Los decretos reglamentarios son, en esencia, aquellos que expide el presidente de la República con fundamento en la potestad reglamentaria permanente prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, los cuales, por definición, son aquellos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Por su parte, los decretos dictados en ejercicio de la facultad prevista en el numeral 25 del artículo 189 superior, se refiere entre otros temas, a la regulación del comercio exterior, regulación que debe expedirse con sujeción a las reglas establecidas en las leyes marco. (...) De allí, que la Constitución otorga al Congreso la competencia para fijar a través de la ley, los parámetros para un desarrollo normativo posterior por parte del ejecutivo. (...) En ese orden de ideas, considero que el artículo 140 del Decreto 2147 de 2016, no derogó integralmente el Decreto 918 de 2001, sin que este entendimiento afecte el participar de las respuestas que la Sala da a las preguntas formuladas por el ministerio consultante”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la potestad reglamentaria del presidente de la República, ver: Corte Constitucional, sentencias C-140 de 2007 y C-441 de 2021.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2478 del 21 de septiembre de 2022; A.V. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2022-00101-00\(2478\). Levantamiento de reserva mediante oficio del 9 de marzo de 2023.](#)



**GÉNERO Y NO  
DISCRIMINACIÓN**



# **BOLETÍN**

**DEL CONSEJO DE ESTADO**

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# SECCIÓN SEGUNDA

## **Perspectiva de género en las sentencias judiciales. Reconocimiento de la licencia de maternidad a las mujeres vinculadas por contrato de prestación de servicios.**

**Síntesis del caso:** *La accionante, actuando por conducto de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales correspondientes, reconocer y pagar la licencia de maternidad en la forma prevista en la ley y la indemnización de que trata el artículo 239 del C.S.T.*

**PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS SENTENCIA JUDICIALES / RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD A LAS MUJERES VINCULADAS POR CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS HONORARIOS PACTADOS DURANTE EL PERIODO DE LACTANCIA / DISCRIMINACIÓN LABORAL EN RAZÓN DEL GÉNERO / INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO DISCRIMINATORIO**

**Problema jurídico:** «¿La demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo le reconozca y pague la licencia de maternidad y la indemnización prevista en el artículo 239 del C.S.T.?»

**Tesis:** «[...] La perspectiva de género, en términos de LEGARDE, «no es una ideología más, ni un análisis endosable a las concepciones previas. Si somos personas conservadoras, pone en crisis toda nuestra concepción del mundo, nuestros valores, nuestros modos de vida, y la legitimidad del mundo patriarcal. En cambio, si somos mujeres y hombres en transición, democráticos y alternativos, encontramos en esta perspectiva los argumentos y los conocimientos para convalidar discrepancias y alternativas, y además para aprender. Las acciones y las propuestas que hoy sintetiza la perspectiva de género han hecho que biografías y etnografías no vuelvan a ser las mismas debido a su metodología deconstructiva y creativa.» Particularmente en Iberoamérica, la perspectiva de género en la administración de justicia encuentra sustento, por ejemplo, en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, aprobadas durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008, en las que se reconoció como sujetos en condición de vulnerabilidad y beneficiarios de esas reglas «aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.» En esa oportunidad, se identificó a las mujeres como personas vulnerables por los obstáculos sociales para materializar el disfrute de sus derechos ante el sistema de justicia y se recomendó a los Estados «el impulso de las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.» [...] En ese sentido, es deber de todos los funcionarios judiciales aplicar la perspectiva de género en los asuntos puestos en su conocimiento a fin de llegar a una decisión justa que reconozca las desigualdades sociales a las que se han visto sometidas, en este caso, las mujeres en el ámbito laboral, sobre todo, por su condición de maternidad. [...] la Organización Internacional del Trabajo adoptó el Convenio sobre la protección a la maternidad con el objeto de salvaguardar a las trabajadoras durante el embarazo y después del parto [...] Congruente con lo anterior, el artículo 13 de la Constitución Política dispone que el Estado tiene el deber de proteger «especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta» y debe sancionar «los abusos o maltratos que contra ellos se cometan». En ese mismo sentido, el artículo 43 ibídem, dispone que la mujer embarazada y en estado de lactancia «gozará de especial asistencia y protección del Estado». [...] De acuerdo con el criterio constitucional recientemente adoptado por la Corte Constitucional en sentencia T-329 de 2022 y que en esta oportunidad acoge esta Sala de Decisión, según el cual para acceder al

reconocimiento de la licencia de maternidad y la indemnización del 239 del C.S.T. no es necesario que la mujer vinculada por contrato de prestación de servicios demuestre la existencia de una relación laboral subyacente, a fin de resolver el presente problema jurídico se verificará a continuación si en el sub examine (i) el contratante conocía el estado de embarazo de la contratista, (ii) subsistía la causa del contrato y (iii) no contaba con permiso del inspector del trabajo para terminar el vínculo contractual. En ese sentido, sobre el primer elemento se encuentra acreditado en el expediente que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo conocía del estado de embarazo de la demandante como se desprende del informe que esta presentó a su supervisor durante la ejecución del contrato 064 del 25 de febrero de 2013 - cuyo plazo comprendía desde el 25 de febrero de 2013 al 31 de diciembre de 2013 –en el que se advierte que le comunicó que el 15 de noviembre de 2013 iniciaría su licencia de maternidad. Por otra parte, en relación con la subsistencia de la causa del contrato se tiene que, antes del embarazo y el parto, la demandante había suscrito tres contratos de prestación de servicio con la entidad demandada en el periodo comprendido entre 31 de agosto de 2010 y el 31 de diciembre de 2012 y se encontraba ejecutando el cuarto contrato cuyo objeto era «acompañar a la Dirección de Regulación en la elaboración de una propuesta para la implementación de una nueva metodología para el control de precios de medicamentos y la formulación de nuevos mecanismos jurídicos que peritan la aplicación de las decisiones de la comisión nacional de precios de medicamentos y dispositivos médicos», sin embargo, terminado este contrato, durante el cual quedó en estado de embarazo, la entidad no volvió a contratarla nuevamente sin siquiera demostrar que dicho objeto desapareció y sin contar con la autorización del inspector del trabajo. [...] para el 31 de diciembre de 2013, fecha de finalización del contrato 064 del 25 de febrero de 2013, la demandante solo tenía un mes desde el nacimiento de su hijo, el 25 de noviembre de 2013, según consta en folio 32 del expediente. En ese orden de ideas, la no contratación de la demandante se constituye en un hecho discriminatorio, en razón del género, teniendo en cuenta que antes de su embarazo había sido contratada sucesivamente por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y pese a conocer de su situación, la entidad, al cumplir el plazo del contrato, no probó la terminación del vínculo por la desaparición del objeto contractual, ni buscó y mucho menos contó con la autorización del inspector del trabajo. [...] toda vez que en el sub examine el periodo de lactancia terminó, pues el día del parto fue el 25 de noviembre de 2013, como medida de protección se ordenará en favor de la señora (...) el pago de los honorarios dejados de percibir desde la fecha de no renovación del contrato, el 1 de enero de 2014, hasta por el término del periodo de lactancia [...] teniendo en cuenta que de las pruebas aportadas al expediente se observa que la señora (...) no disfrutó de su licencia de maternidad (...) la Sala de Decisión ordenará su reconocimiento y pago a la demandante hasta el periodo de lactancia, es decir, seis meses después del parto conforme el artículo 238 del C.S.T., la cual se liquidará con sustento en los honorarios pactados. [...] en lo relacionado con la indemnización por despido discriminatorio prevista en el numeral 3 del artículo 239 del C.S.T.65, la Sala de Subsección considera en que hay lugar a esta [...] se condenará a la entidad demandada al pago de la indemnización de que trata el numeral 3 del artículo 239 del C.S.T., es decir, al pago de 60 días de trabajo para lo cual se deberán tener en cuenta los honorarios pactados. Finalmente, no se ordenará el reconocimiento de las prestaciones sociales en salud, por cuanto a la contratista le correspondía asumir esta obligación según lo previsto en el Decreto 780 de 2016, además, porque se ordenará el pago de los honorarios dejados de devengar por la demandante, de tal manera que hacerlo constituiría un doble pago a su favor. [...] la Sala de Decisión rechaza cualquier acto discriminatorio contra las mujeres por su condición de maternidad de tal manera que se conminará a la entidad demandada para que en un término no mayor a 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia, capacite a sus colaboradores sobre los derechos que le asisten a las mujeres embarazadas y en condición de maternidad, especialmente a quienes están vinculadas por contrato de prestación de servicios, a fin que la conducta objeto de reproche en el asunto de la referencia, no vuelva a ocurrir. [...]

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintiséis \(26\) de enero de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000 23 42 000 2015 01265 01 \(4620-2017\)](#)

## ACCIÓN DE TUTELA

**El pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a favor de la mujer embarazada y lactante se debe extender durante todo el periodo de la licencia de maternidad.**

**Síntesis del caso:** La demandante consideró que se vulneraron sus derechos fundamentales del debido proceso, acceso a la administración de justicia, seguridad social, salud, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada con ocasión de su desvinculación del cargo que desempeñaba en provisionalidad en el Juzgado Primero Civil Municipal de Neiva, ante el reintegro de la persona que ostentaba su titularidad, pese a que se encontraba en estado de embarazo. Esta Corporación, en segunda instancia, confirmó la decisión impugnada en relación con el amparo de los derechos invocados y modificó la orden de pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, que deben efectuarse durante todo el periodo de la licencia de maternidad y hasta que culmine.

**IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LA MUJER EMBARAZADA / ESTABILIDAD RELATIVA DEL EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / REINTEGRO DEL EMPLEADO DE CARRERA JUDICIAL / MEDIDAS DE PROTECCIÓN / PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL / SALUD / PERIODO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD / LICENCIA DE MATERNIDAD**

**Problema jurídico:** ¿Hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 27 de enero de 2023 dentro de la presente acción de tutela, mediante la cual se ampararon los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia, seguridad social, salud, mínimo vital y estabilidad laboral de la tutelante, habida cuenta que la orden que se impartió en la providencia mencionada, consistente en que la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial del Huila efectúe el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, debe hacerse hasta que la tutelante adquiriera el derecho a la licencia de maternidad?

**Tesis:** “[E]sta Sala modificará la orden consignada en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia con el fin de que se entienda que el empleador, en caso de que la señora [P.V.L.] quede desvinculada del juzgado con ocasión del reintegro definitivo de su titular, debe hacer los aportes a la seguridad social en su favor durante todo el periodo de la licencia de maternidad y hasta que culmine, y no solamente hasta que adquiriera el derecho a ella, como lo consignó en la parte resolutive de la providencia impugnada. (...) Adicional a lo anterior, la demandante en la impugnación solicitó que se extendiera el amparo concedido y, por consiguiente, se le reubicara en un cargo de igual o similar categoría al que desempeñaba, pues, si bien en la actualidad se encontraba ocupando el de asistente judicial en provisionalidad en el Juzgado Primero Civil Municipal de Neiva su permanencia seguía sujeta a la licencia por incapacidad otorgada a la titular del cargo, lo cual ponía en riesgo sus derechos fundamentales y los de su hijo. (...) No obstante, para Sala no es procedente acceder a dicha pretensión, pues, tal como ya se dijo, la Corte Constitucional en sentencia SU-070 de 2013 dispuso que la medida de protección que procede en estos casos consiste en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad de la mujer embarazada, pues esta clase de funcionarios gozan de una estabilidad relativa que debe ceder frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos. (...) Lo anterior no obsta para que el nominador, consciente de esa condición, pueda tomar las medidas afirmativas pertinentes, necesarias y suficientes para que, en caso tener margen de maniobra, logre que la empleada que goza de dicha estabilidad laboral sea la última en ser retirada o pueda ser reubicada en otro cargo de dicha dependencia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 13 de febrero de 2023, C.P.: Fredy Ibarra Martínez, radicación: 41001-23-33-000-2023-00008-01 \(AC\).](#)