

EDICIÓN
270

SEPTIEMBRE 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
Natalia Yadira Castilla Caro
Guillermo León Gómez Moreno
Nubia Yaneth Pajarito Navarrete

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo
María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo
Wadith Rodolfo Corredor Villate

Sala de Consulta y Servicio Civil
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. 270, septiembre de 2023
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co
Consejo de Estado
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.
Palacio de Justicia
Bogotá D.C. – Colombia*

CONTENIDO

CONTENIDO	3
EDITORIAL	5
I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS	6
<ul style="list-style-type: none">C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2007-00273-00C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-01634-00(5415-2018)C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2021-00095-00 (26243)C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 76001-23-33-000-2021-00264-01 (27455)C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00087-00 (26136)C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-0324-000-2022-00299-00C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2023-00018-00 (27715)C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-28-000-2022-00253-00	
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES	8
<ul style="list-style-type: none">C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 11001-03-15-000-2023-01727-01(AC)C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2023-00996-01(AC)C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-00026-01(AC)C.P. Fredy Hernando Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2022-06243-01(AC)C.P. Wilson Ramos Girón, radicación 81001-23-39-000-2023-00022-01(AC)C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 25000-23-41-000-2017-00083-02(AP)C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-41-000-2015-01321-01(AP)	
III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO	23
<ul style="list-style-type: none">C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 11001-03-15-000-2022-04833-01(PI)C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15-000-2022-06270-02(PI)C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-00(PI)C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-15-000-2023-01427-00(PI).C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-15-000-2019-04367-00(REV-PI).	
IV. SECCIÓN PRIMERA	35
<ul style="list-style-type: none">C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2007-00273-00C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-0324-000-2022-00299-00	
0	
<ul style="list-style-type: none">C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 15001-1001-23-33-000-2015-00336-01(1286-2021)C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 76001-23-33-000-2016-01755-01 (4165-2022)C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-01634-00(5415-2018)C.P. Carmelo Perdomo Cuetér, radicación: 25000-23-42-000-2014-00161-00(53921-2012).C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 66001-23-33-000-2019-00181-01 (2077-2022)C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-25-000-2012-00483-00(1965-2012)	
VI. SECCIÓN TERCERA	554
<ul style="list-style-type: none">C. P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 25000-23-36-000-2015-00115-01(60330)C. P. Freddy Hernando Ibarra Martínez, radicación 25000-23-26-000-2012-00853-01(53300)C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 66001-23-31-000-2012-00038-01(61040)C. P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-36-000-2015-01917-02(59531)C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 13001-23-33-000-2014-00278-01(60870)C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 13001-23-31-000-2010-00793-01(55717)C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-26-000-2010-00642-01(58473)	

- C.P. Nicolas Yepes Corrales, radicación: 11001-03-26-000-2023-00023-00 (69475)

VII. SECCIÓN CUARTA

76

- C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00087-00 (26136)
- C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 76001-23-33-000-2021-00264-01 (27455)
- C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2021-00095-00 (26243)
- C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2023-00018-00 (27715)

VIII. SECCIÓN QUINTA

88

- C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00292-00
- C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 68001-23-33-000-2023-00006-01 (acumulado)
- C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 66001-23-33-000-2022-00076-02 (acumulado)
- C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-24-000-2022-00328-00

IX. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

96

- C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00103-00(2503)
- C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00205-00(2486)
- C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00127-00(C)
- C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00041-00(C)

X. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

106

- C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01(39121)

XI. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO

11414

- C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-33-000-2014-01645-02(69467)
- C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00165-00 (principal).

EDITORIAL

Desde el mes de abril de 2007, el Consejo de Estado consiente de la necesidad de divulgar sus decisiones más relevantes y novedades no solo a quienes conformamos esta Jurisdicción sino a todos los ciudadanos, ha publicado 270 ediciones del boletín «*Jurisprudencia y Conceptos*».

En esta oportunidad en punto de asuntos constitucionales, la Corporación declaró la improcedencia de una acción contra providencia judicial por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad al proponerse un argumento nuevo en sede de tutela que pudo ser planteado dentro del proceso ordinario y no se hizo en esa instancia.

En otro proceso de la misma naturaleza, la Corporación determinó que procede la acción de tutela para amparar derechos fundamentales a la salud, al trabajo y a la vida digna de una trabajadora que padece una enfermedad mental diagnosticada, y para evaluar la procedencia del teletrabajo.

La Sección Segunda reiteró que, aunque la Constitución Política dispuso para las fuerzas militares un régimen disciplinario especial, ello no excluye la aplicación simultánea de las disposiciones generales aplicables a todos los servidores públicos; igualmente tratándose de situaciones en las que se encuentran comprometidas las normas de DDHH o del DHI, la aplicación de reglas normativas procesales debe hacerse conforme a los estándares convencionales de protección.

Así mismo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la misma Sala indicó que, la sanción moratoria prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, si puede concederse a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en caso de demostrarse que se incurra en mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas.

Por otro lado, la Sección Tercera, confirmó una sentencia que declaró la responsabilidad estatal y condenó patrimonialmente a la Fiscalía General de la Nación por indebida protección a víctima de violencia intrafamiliar por falta de adopción de medidas respecto de la denunciante que llevó a que su compañero permanente le causara la muerte.

Igualmente, unificó su jurisprudencia sobre los efectos que produce la ausencia a salvedades cuando se firma suspensiones, adiciones o prorrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u Otrosíes.

Por último, en materia de género y no discriminación dentro del medio del control de repetición se definió que, se puede reducir la condena al servidor público soldado que obró con dolo bajo estado de ira o alteración emocional al haber sido víctima de acoso por parte de sus compañeros por su condición sexual.

Esperamos contribuir con esta importante herramienta a fortalecer el respeto del precedente judicial.

I. NORMAS ANULADAS SUSPENDIDAS Y EXHORTOS

ANULADAS SECCIÓN PRIMERA

La Resolución 465 de 2007, “por la cual se autorizan siembras de maíz con la tecnología Yielgard ® (MON 810)”, expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario ICA.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2007-00273-00.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

Apartes contenidos en el artículo 7º del Decreto N° 4050 de 22 de octubre de 2008, “por medio del cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de mayo de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-01634-00\(5415-2018\)](#)

SECCIÓN CUARTA

El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: la expresión «propiedad, planta, equipo e inventario» contenida en la definición de inversión del artículo 1.2.1.23.1.1, adicionado por el artículo 2º del Decreto 1650 de 2017.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de julio de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2021-00095-00 \(26243\)](#)

La Ordenanza 473 del 21 de diciembre de 2017, expedida por la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca: apartes de los artículos 6 y 7 y el numeral 2 del artículo 10 en forma total.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de agosto de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 76001-23-33-000-2021-00264-01 \(27455\)](#)

El Oficio 100208221-1118 del 15 de septiembre del 2020, expedido por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de agosto de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00087-00 \(26136\)](#)

SUSPENDIDAS SECCIÓN PRIMERA

La Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia de la Economía Solidaria: e Los numerales 5.1.2 y 6.5.1 del Capítulo VI, Título II, modificados por la Circular Externa No. 20224400083742 de 17 de marzo de 2022.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 31 de julio de 2023; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-0324-000-2022-00299-00.](#)

SECCIÓN CUARTA

El Concepto (u Oficio) 000I2023000641 del 20 de enero de 2023, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN: el aparte del punto 3 que señala *“Por su parte, el inciso 4° del artículo 51 ibidem consagra: «El sujeto pasivo y responsable del impuesto es el productor o importador, según corresponda.» Este inciso debe interpretarse armónicamente con el inciso 2° del artículo 51 en comento, entendiendo que la venta, retiro o importación con la que se genera el Impuesto se circunscribe a «productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes»”.*

El Concepto 000I2023002390 del 1 de marzo de 2023, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN: el numeral 1.1 que indica: *“1.1. ¿Quiénes son contribuyentes del Impuesto? Son contribuyentes del Impuesto los productores o importadores, según el caso, de productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, quienes -a la par- fungen como responsables del mismo, tal y como lo prevé el inciso 4 del artículo 51 de la Ley 2277 de 2022”.*

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de 4 de septiembre de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2023-00018-00 \(27715\).](#)

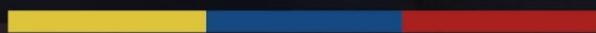
EXHORTOS SECCIÓN QUINTA

La Sección Quinta exhortó al Consejo Nacional Electoral para que en lo sucesivo se pronuncie y resuelva las solicitudes que le realicen las comisiones escrutadoras departamentales sobre los escrutinios generales.

Sobre el particular dispuso en la parte considerativa lo siguiente: *“No obstante, no pasa inadvertido para esta Sala que el Consejo Nacional Electoral no tuvo en cuenta el trabajo de dos días de escrutinio, del 27 al 29 de marzo de 2022 y desconoció la solicitud de cargar 1217 votos, realizada por la Comisión Escrutadora Departamental de Antioquia, la cual no solo puso en conocimiento esa inconsistencia, sino que solicitó expresamente que se cargaran esos votos, lo que derivó en que se declarara la elección sobre información no actualizada. En consecuencia, se exhortará para que en las próximas elecciones el Consejo Nacional Electoral no pase por alto este tipo de solicitudes realizadas por las comisiones escrutadoras y se dispondrá la remisión de copias de las piezas procesales del expediente a la autoridad competente para que, si considera procedente, investigue los hechos y determine la responsabilidad a que haya lugar, relacionadas con la omisión del Consejo Nacional Electoral de pronunciarse de fondo y adoptar las actuaciones pertinentes a fin de incluir las modificaciones advertidas por la Comisión Escrutadora Departamental.”*

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 3 de agosto de 2023, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-28-000-2022-00253-00.](#)

**ASUNTOS
CONSTITUCIONALES**



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

de motivación, en tanto se seleccionaron las fuentes normativas que se consideró aplicables al caso, se acompañó el análisis de una cuidadosa adecuación de los hechos y las pretensiones a las instituciones y normas. En suma, las reglas de derecho aplicables al caso fueron razonadamente elegidas, esto es, la autoridad judicial demandada dio cuenta detallada del porqué de su decisión. (...) De acuerdo con todo lo comentado, concluye la Sala que no hay, entonces, falta de aplicación de los preceptos llamados a orientar la decisión, ni se incurrió en una interpretación absurda o desmesurada de las disposiciones aplicables. (...) En vista de lo anterior, lo que existe es una inconformidad con el resultado de la valoración efectuada por el juez natural que no es atacable vía tutela, en la medida en que aquella visión de los hechos presentada por la autoridad judicial accionada cuenta con soporte y está debidamente razonada y justificada, por lo que, se reitera, este mecanismo no puede convertirse en una instancia adicional.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 4 de agosto de 2023, C.P.: Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 11001-03-15-000-2023-01727-01 \(AC\).](#)

2. Defecto fáctico por falta de valoración de pruebas determinantes en un caso de reconocimiento y pago de nivelación salarial.

Síntesis del caso: *El accionante presentó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Universidad Tecnológica de Pereira, con el objeto de que se declarara la nulidad de un oficio por el cual se negó una solicitud de reconocimiento y pago de una nivelación salarial durante el tiempo servido, pues su salario era menor que el del personal de planta. Mediante sentencia de 25 de agosto de 2022, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones. El actor afirma que el Consejo de Estado solo tuvo en cuenta las pruebas aportadas por la demandada y omitió el análisis de las pruebas testimoniales solicitadas por el accionante, las cuales fueron decretadas y practicadas en el proceso.*

ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DE LA SENTENCIA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / FALTA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA / TESTIMONIO / VALORACIÓN DEL TESTIMONIO / NIVELACIÓN SALARIAL / RECONOCIMIENTO DE LA NIVELACIÓN SALARIAL / DERECHOS PRESTACIONALES / PRESTACIONES SOCIALES / PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES / RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES / DESEMPEÑO DE IGUALES FUNCIONES

Problema jurídico: *¿Hay lugar a revocar la sentencia del 11 de mayo de 2023, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, por medio de la cual declaró la improcedencia de la solicitud de amparo ejercida por el señor [A.A.M.B.] y, en su lugar, amparar los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso deprecado, toda vez que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, al resolver la sentencia del 25 de agosto de 2022 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, incurrió en el defecto fáctico por falta de valoración del testimonio al negar el reconocimiento y pago de la diferencia salarial y prestacional del accionante?*

Tesis: “[L]a Sala revocará la sentencia de primera instancia que declaró la improcedencia de la acción de tutela y concederá el amparo de los derechos fundamentales de acceso a administración de justicia y debido proceso porque encuentra configurado el defecto fáctico alegado: la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado no valoró los testimonios con base en los cuales la primera instancia consideró que no se acreditaba el derecho reclamado. Se advierte que la autoridad judicial accionada sí se pronunció frente a las certificaciones del 18 de enero de 1999 hasta el 21 de diciembre de 2014 y lo consignado en estas respecto de los salarios y prestaciones sociales devengados por el accionante; sin embargo, concluyó que no se acreditó que las funciones desarrolladas por este fueran iguales a las del cargo de profesional grado 12. La Sala centrará su análisis en la sentencia de segunda instancia proferida el 25 de agosto de 2022 por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, por ser la que puso fin a la controversia. (...) [S]i bien el accionante no alegó expresamente la configuración de un defecto fáctico, los argumentos presentados en la acción de tutela se encuadran en este. (...) [E]n la sentencia atacada, el

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A señaló que el CD que contenía los testimonios se encontraba dañado, por lo que no fue posible escuchar las declaraciones de los testigos que menciona el accionante y, agrega que, en todo caso, no había lugar a pronunciarse sobre ello porque no fue objeto de apelación. (...) [L]a Sala advierte que en la audiencia inicial del 8 de marzo de 2017 se decretaron los testimonios de [I.A.L.], [C.L.M.] y [M.L.A.] y estos se practicaron en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 26 de julio de 2017. De la diligencia se dejó constancia en acta de la fecha. Con estos testimonios el accionante pretendía probar la equivalencia de las funciones y, sobre su dicho, el Tribunal Administrativo de Risaralda indicó que estos resultaban contradictorios respecto de las funciones que realizaba el accionante, por lo que no se demostró la equivalencia de los cargos. De modo que si el accionante afirma en el recurso que sí se probó que realizaba las mismas funciones y que de ello daban cuenta las pruebas, el juez de segunda instancia debía pronunciarse sobre cada una de ellas, cumplir con el deber de examinarlas individualmente y realizar el análisis conjunto de todos los medios de prueba obrantes en el expediente, en la forma dispuesta en el artículo 1764 del Código General del Proceso. La falta de acceso al audio de la audiencia no puede ser una carga que deba trasladarse al accionante. Para suplir esa falencia el juez debe acudir a los mecanismos establecidos en la ley para recuperar la prueba o proceder a su reconstrucción de conformidad con el artículo 126 del CGP. La prueba de lo ocurrido en la audiencia que debe ser examinada por el juez es el CD correspondiente, no la transcripción de esta, pues se trata de un proceso oral donde la exigencia de la transcripción de la audiencia para formar un expediente escrito no aplica. En ese orden de ideas, la Sala concede el amparo de los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y debido proceso del accionante; en consecuencia, dejará sin efectos la sentencia del 25 de agosto de 2022 y dispondrá que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A adopte las medidas establecidas en la ley para recuperar la grabación de la audiencia del 26 de julio de 2017, en la cual obran los testimonios de [I.A.L.], [C.L.M.] y [M.L.A.] y, en cualquier caso, garantizar el derecho fundamental a la prueba del accionante. Una vez obtenida o en caso de que deba ser reconstruida la prueba, proceda a proferir una nueva sentencia teniendo en cuenta dicha prueba testimonial, sin que ello implique que el juez deba, de manera automática, acceder a las pretensiones de la demanda, sino que, en el marco de sus competencias, decida lo que en derecho corresponda en cumplimiento de su deber de analizar de manera total y conjunta las pruebas allegadas al proceso.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de julio de 2023, C.P.: Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-15-000-2023-00996-01 \(AC\).](#)

3. Carencia actual de objeto por situación sobreviniente, dado que la providencia acusada no correspondía al proyecto aprobado en la Sala y dicha irregularidad fue subsanada.

Síntesis del caso: *La Policía Nacional ejerció una acción de tutela al considerar que las sentencias proferidas el 22 de enero de 2021 y el 31 de marzo de 2022, por el Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla y el Tribunal Administrativo del Atlántico, respectivamente, incurrieron en los defectos sustantivo y por desconocimiento del precedente judicial, porque desconocieron los parámetros fijados por el Consejo de Estado respecto de la causal de retiro por llamamiento a calificar servicios. El Consejo de Estado consideró que se presentaba una carencia de objeto por una situación sobreviniente, pues las actuaciones relativas a la notificación de la sentencia del 31 de marzo de 2022 fueron corregidas y se procedió a notificar el fallo del 18 de julio del mismo año, que corresponde a la providencia que realmente fue aprobada por la Sala y que fue favorable a la autoridad tutelante.*

ACCIÓN DE TUTELA POR SITUACIÓN SOBREVINIENTE / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE MIEMBRO DE LA POLICÍA NACIONAL / LLAMAMIENTO A CALIFICACIÓN DE SERVICIOS EN LA POLICÍA NACIONAL / PROCEDENCIA DEL REINTEGRO AL CARGO PÚBLICO / REINTEGRO AL CARGO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / REINTEGRO DE MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL / REINTEGRO AL SERVICIO DE LA POLICÍA NACIONAL / INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / PROYECTO DE FALLO / ERROR DE REGISTRO EN EL SISTEMA DE GESTIÓN JUDICIAL / CORRECCIÓN DE LA

SENTENCIA / CORRECCIÓN DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA / CORRECCIÓN DE LA NOTIFICACIÓN ERRADA / INCIDENTE DE NULIDAD / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA

Problema jurídico: *¿Se presenta una carencia actual de objeto por situación sobreviniente frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de la Policía Nacional, con ocasión de las sentencias proferidas el 22 de enero de 2021 y el 31 de marzo de 2022 por el Juzgado 12 Administrativo de Barranquilla y por el Tribunal Administrativo del Atlántico, respectivamente, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho 08001-33-33-012-2016-00226-00-01, teniendo en cuenta que, por error involuntario, se notificó el proyecto de sentencia que no había sido aprobado por la Sala, lo que fue corregido en el trámite de la acción de tutela de la referencia?*

Tesis: “[E]s menester explicar que los argumentos de la impugnación elevados por [V.M.] no pueden ser resueltos de fondo en esta etapa procesal, en tanto no está legitimado para formular cargos en contra de las actuaciones posteriores a la sentencia que fue cuestionada, pues la impugnación no corresponde a una oportunidad de formular una nueva acción de tutela, útil para atacar actuaciones posteriores y diferentes a aquellas que fueron reprochadas por la autoridad accionante. (...) Es del caso poner de presente que, si el recurrente considera que el Tribunal convocado, al corregir el error que se presentó respecto de la providencia notificada en segunda instancia, vulneró sus derechos fundamentales, debe estudiar la posibilidad de formular incidentes de nulidad o recursos extraordinarios, como el de revisión o, en su defecto, acudir directamente a la acción de tutela para elevar los cargos que planteó en su impugnación. (...) [T]eniendo en cuenta que la impugnación se concedió a pesar de la ausencia de interés para recurrir referida, al estudiar el fallo del 11 de mayo de 2023 proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, se observa acertada la declaración de improcedencia por carencia de objeto al configurarse un hecho sobreviniente, ya que la presente acción de tutela se formuló el 11 de enero del año en curso mientras que la corrección frente a la sentencia notificada ocurrió el 23 de enero siguiente y nuevamente en marzo hogaño. Así las cosas, además de no existir legitimación para impugnar, se estima innecesario estudiar el fondo de los argumentos del recurrente, pues, las circunstancias fácticas y jurídicas que fundamentaron el escrito de tutela cambiaron sustancialmente durante su curso. Ello, en la medida en que la sentencia de segunda instancia en que se fundó la acción de tutela no correspondía a la que fue aprobada por los magistrados de la Sala de Decisión A del Tribunal Administrativo del Atlántico. (...) [R]azón por la que cualquier orden de protección emitida por el juez, en atención a las pretensiones formuladas por la Policía Nacional, pierde sentido, por la configuración del fenómeno denominado carencia actual de objeto por una situación sobreviniente.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 4 de agosto de 2023, C.P.: Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-00026-01 \(AC\).](#)

4. Incumplimiento del requisito de subsidiariedad en la acción de tutela contra providencia judicial al proponerse un argumento nuevo en sede de tutela no expuesto en el proceso ordinario.

Síntesis del caso: *Los accionantes alegaron que la providencia de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado incurrió en defecto sustantivo debido a que no se aplicó al caso la Ley 1755 de 1987, e ignoró que la Policía Nacional no tuvo en cuenta todo el tiempo que laboró en esa institución con lo que afectó su derecho a obtener una asignación de retiro, esto es, 9 meses y 11 días adicionales a los 2 años que fue cadete. Sin embargo, la aplicación de la Ley 1755 de 1987, no fue solicitada en el proceso ordinario, sino que se presentó como un argumento nuevo en sede de tutela.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL / PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL / ARGUMENTO NUEVO / IMPROCEDENCIA DEL ARGUMENTO NUEVO / INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA

Problema jurídico 1: *¿Se debe confirmar la sentencia de 31 de marzo de 2023 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la que declaró improcedente la acción de tutela por incumplimiento del requisito de carga mínima argumentativa, pero, para el caso se declara improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad?*

Tesis 1: “[E]n este caso resulta claro que lo pretendido por la parte demandante es que, bajo la supuesta configuración de un defecto sustantivo, se analicen argumentos que debieron ser planteados dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que no es de recibo dado que sobre ellos no tuvo la oportunidad de pronunciarse el juez ordinario y tampoco la contraparte pudo ejercer su defensa. En ese orden de ideas, como se trata de un argumento nuevo que pudo ser planteado dentro del proceso ordinario -porque la decisión de primera instancia le fue desfavorable y fue ella quien apeló- pero no lo hizo, la acción de tutela es improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, pues este mecanismo constitucional “no es un medio que remedie los desaciertos procesales de las partes”. Si bien es cierto que tal presupuesto ha sido concebido como una causal autónoma de procedencia, también lo es que guarda una íntima relación con la idea de subsidiariedad, no en el sentido genérico simple de haberse agotado todos los recursos judiciales disponibles, sino en uno más concreto y específico, referido a impedir que se reabra un asunto litigioso con los mismos argumentos que por desidia, negligencia, incuria o descuido de las partes que, teniendo la oportunidad de plantearlos en sede ordinaria, no lo hicieron. (...) Así, si la parte actora pretendía que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado le aplicara por presuntamente ser más favorable para su situación la Ley 1755 de 1987 debió solicitarlo en el recurso de apelación, sin que lo haya hecho, por lo que no es posible que ahora pretenda por esta vía que se estudie dicho cargo, pese a que no lo propuso oportunamente ante su juez natural. De igual manera, la Sala encuentra que con los medios de prueba allegados al proceso no hay lugar a inferir la existencia de un perjuicio con las condiciones de inminencia, gravedad y urgencia que demanden medidas impostergables para evitar la consumación de un daño y que ameriten la intervención transitoria y excepcional del juez de tutela, razón de más para concluir que la acción de tutela resulta improcedente en el presente caso. Por consiguiente, se confirmará la sentencia de primera instancia que declaró improcedente la acción de tutela, pero por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 11 de julio de 2023, C.P. Fredy Hernando Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2022-06243-01\(AC\).](#)

5. Se amparan los derechos fundamentales a la salud, vida digna y trabajo por el impacto en el campo laboral de las enfermedades invisibles.

Síntesis del caso: *Se presenta acción de tutela contra el titular de un Despacho judicial quien negó una solicitud de teletrabajo de manera permanente. La tutelante padece de una enfermedad mental diagnosticada y refiere que el factor estresor es la jueza que dirige el Juzgado. Por lo tanto, el Consejo de Estado, en su rol de juez constitucional, ordenó un amparo transitorio de los derechos fundamentales de la accionante, en su calidad de sujeto de especial protección constitucional, y, en consecuencia, se evaluará su solicitud de teletrabajo durante cuatro días a la semana, con la posibilidad de que la jueza evalúe la posibilidad de otorgarle trabajo en casa.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE AUTORIDAD JUDICIAL / MOTIVO DE LA SOLICITUD DE TELETRABAJO / TELETRABAJO PERMANENTE / TRABAJO EN CASA / ENFERMEDAD MENTAL DEL PACIENTE / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD / DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA DIGNA / DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si procede la acción de tutela presentada por la señora ACSV para amparar los derechos fundamentales a la salud, al trabajo y a la vida digna presuntamente vulnerados por las autoridades demandadas al impedir que teletrabaje de manera permanente. La Sala anticipa que, debido a la condición de sujeto de especial protección de la actora, que la ostenta por la debilidad manifiesta en la que se encuentra por motivos de salud, es procedente el amparo de los derechos fundamentales a la salud, al trabajo y a la vida digna, para que teletrabaje cuatro días a la semana, sin perjuicio de que la juez encargada evalúe la posibilidad de aplicar la modalidad de trabajo en casa.*

Tesis: “En el presente asunto, la señora ACSV solicita que sea otorgado el teletrabajo de forma permanente por razones de salud hasta tanto sea trasladada de despacho judicial. Lo anterior, justificado en que sus crisis o ataques graves de ansiedad se producen cuando se encuentra en la sede de trabajo, debido a que es en ese lugar en el que se encuentra el “factor estresor”, refiriéndose así a la juez penal del circuito de Saravena. (...) En la historia clínica se registra consulta por psicología el 16 de febrero de 2023, en el que se registró el diagnóstico: trastorno depresivo recurrente no especificado, distimia, trastorno mixto de ansiedad y depresión. En el análisis, se consignó: “Femenina de 35 años, quien asiste a psicoterapia individual, donde ingresa por sus medios, alerta, asiste en compañía de su pareja sentimental quien aduce precipitación de la crisis de ansiedad, debido a problema en su entorno laboral. La paciente se muestra inquieta, con la habilidad emocional, llanto fácil, con inquietud psicomotriz con dificultad para atender instrucciones. Lo anterior se orienta la paciente a manejar técnica de respiración para manejo de la crisis de ansiedad. Se logra estabilizar a la paciente, se informa sobre signos y síntomas de alarma”. (...) A partir del anterior recuento clínico, la Sala encuentra probado que la señora ACSV tiene la condición de sujeto de especial protección constitucional al encontrarse en una situación de debilidad manifiesta por la enfermedad mental que padece: “trastorno depresivo recurrente, no especificado, distimia y trastorno mixto de ansiedad y depresión”. Ahora bien, aun cuando de las pruebas no es posible verificar que las crisis de ansiedad que ha padecido la actora son producto del “factor estresor”, la Sala no puede desconocer que, en su mayoría, han ocurrido cuando se encuentra en la sede de trabajo, como la misma titular del despacho judicial lo reconoce en el informe. Justamente por lo anterior, la Sala considera necesario extender el máximo de días permitido para teletrabajar como una medida para mitigar los ataques de ansiedad que sufre la señora ACSV. La Sala no desconoce que, conforme con el artículo 1º del Acuerdo PCSJA22-12024 del 14 de diciembre de 2022, modificado por el Acuerdo PCSJA22-12024 del 1º de febrero de 2023, por regla general, el teletrabajo será hasta por tres días a la semana y que, como excepción, puede ser de cuatro días para los servidores judiciales en condición de discapacidad o embarazadas o lactantes. Aunque la actora no se encuentra entre los grupos poblacionales descritos para la excepción, la Sala considera que puede aplicarse ese máximo de días de teletrabajo, debido a que la señora ACSV se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y, por lo tanto, merece protección especial. Lo anterior, sin perjuicio de que la juez evalúe la posibilidad de aplicar la modalidad de trabajo en casa, de conformidad con el Acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. A juicio de la Sala, cualquiera de estas medidas, además de contribuir en el buen estado de salud de la actora, no desmejoran en modo alguno la prestación del servicio del despacho judicial en el que labora, pues la juez penal del circuito de Saravena no señaló que las funciones que desempeña la señora ACSV debieran realizarse únicamente de manera presencial”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 10 de agosto de 2023, C.P. Wilson Ramos Girón, radicación 81001-23-39-000-2023-00022-01\(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

1. Vulneración de los derechos colectivos derivados de actos de corrupción en la contratación de la obra pública Ruta del Sol – Caso Odebrecht.

Síntesis del caso: *La acción popular fue instaurada por la Procuraduría General de la Nación, el 26 de enero de 2017, una vez se conocieron las confesiones ante la justicia penal de los actos de corrupción ocurridos en la celebración del contrato de concesión No. 001 de 2010 (Ruta del Sol) y sus convenciones modificatorias (otrosíes Nos. 3 y 6), y, luego, de que en un proceso arbitral*

que había promovido la Concesionaria contra la ANI, esta última reformara la demanda de reconvencción para solicitar la nulidad absoluta del contrato y de sus convenciones modificatorias. La entidad concedente, la sociedad Concesionaria, sus socios y las personas naturales condenadas en los procesos penales fueron declaradas responsables de la violación de los derechos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna.

ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / REVOCATORIA PARCIAL DE LA SENTENCIA / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ORDEN DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR EN LA ACCIÓN POPULAR / TERMINACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO / COMPETENCIA RESTRINGIDA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA / LAUDO ARBITRAL / CONDENA EN EL LAUDO ARBITRAL / DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR / CONCESIONARIO / CUMPLIMIENTO DEL LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 1: *¿El Juez de la acción popular puede determinar la terminación o suspensión definitiva del contrato estatal?*

Tesis 1: "El 26 de enero de 2017, el procurador general de la Nación (en adelante, la Procuraduría o la accionante) presentó acción popular contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (en adelante, la Concesionaria o la Contratista) y el Instituto Nacional de Concesiones – Inco (en adelante, INCO), hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (en adelante, ANI), para obtener la protección de los derechos colectivos a (i) la moralidad administrativa; (ii) a la defensa del patrimonio público, y (iii) al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna, vulnerados por los actos de corrupción en la adjudicación y ejecución del Contrato de Concesión del Sector II de la Ruta del Sol. (...) - El tribunal decretó en la sentencia la suspensión definitiva del Contrato, la cual se había ordenado provisionalmente en la medida cautelar del 9 de febrero de 2017. Estableció que dicha medida podía ser decretada porque, a la fecha de la sentencia, el Tribunal de Arbitramento no se había pronunciado sobre la nulidad del contrato y este se encontraba viciado de objeto ilícito, causa ilícita y desviación de poder, por lo que para la protección de los derechos colectivos se debía disponer la suspensión. Recordó que el juez de la acción popular no puede emitir pronunciamientos definitivos sobre estos asuntos y que la decisión sobre la nulidad del contrato de concesión No. 001 de 2010 corresponde al tribunal arbitral conformado para el efecto, sin perjuicio de las medidas que deba adoptar el juez de la acción popular. (...) La Sala revocará: La decisión de "suspender definitivamente el contrato" por haber sido celebrado con causa ilícita y desviación de poder y la condena al pago de los perjuicios derivados de lo anterior. Estas son decisiones que sobrepasan la competencia del juez de la acción popular porque son consecuenciales a su anulación, sin que exista diferencia entre "terminar" un contrato y "suspenderlo definitivamente" y está probado que, desde antes de que se iniciara la acción popular, ya se había pedido la anulación del contrato; por tal razón, en el caso concreto era improcedente adoptar tal determinación. Adicionalmente, la reparación del daño colectivo, que es lo que puede disponerse en la acción popular a favor de la entidad encargada de garantizarlo, no puede imponerse sin que medie el incidente previsto en la ley, en el cual debe determinarse su cuantía con base en medios de prueba legalmente practicados. (...) Por lo anterior, y teniendo en cuenta el carácter de cosa juzgada de las decisiones adoptadas en el laudo arbitral, cualquier suma de dinero que resulte a favor de la Concesionaria por la ejecución del Contrato debe destinarse a cubrir los saldos de las obligaciones definidas en el laudo. Por este motivo, en caso de que como consecuencia de las medidas cautelares decretadas en el curso del proceso existan dineros a disposición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que correspondan a saldos respecto de los cuales deban cumplirse las decisiones adoptadas en el laudo arbitral y su aclaración, estos deberán ser entregados a la ANI para que las aplique (pague o compense) cumpliendo estrictamente lo dispuesto en tales decisiones. La compensación procederá en el caso de que la ANI ya haya realizado los pagos ordenados en el laudo."

ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / REVOCATORIA PARCIAL DE LA SENTENCIA / INHABILIDADES DEL CONTRATISTA / IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN / EXTRALIMITACIÓN DE FACULTADES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL / PROTECCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

Problema jurídico 2: *¿El Juez de la acción popular puede imponer inhabilidades para contratar a los demandados?*

Tesis 2: “La sentencia de primera instancia inhabilitó por diez (10) años a las personas naturales y sociedades involucradas en los hechos de corrupción relacionados con la celebración y modificación del Contrato. Esta decisión se fundamentó en el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 que se refiere a las disposiciones que puede adoptar el juez de la acción popular en la sentencia, y en lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 80 de 1993, aplicable a los servidores públicos y a particulares que son declarados civil o penalmente responsables por actos relacionados con el contrato. El tribunal consideró que, en la medida en que la sentencia que se profiera en la acción popular puede contener una orden de hacer o no hacer para “prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante”, tal disposición le otorgaba competencia para inhabilitar a las sociedades que participaron en los hechos de corrupción que dieron origen a la acción popular. (...) Esa competencia ejercida por el tribunal en el fallo de primera instancia no puede derivarse del artículo 34 de la Ley 472 de 1998 que regula cuál es el contenido de la sentencia condenatoria en las acciones populares. No puede estimarse que, en la medida en que esta norma dispone que la sentencia puede contener una orden de “no hacer” dirigida a prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante, el juez puede imponer una inhabilidad de diez años para contratar. En la aplicación de cualquier sanción, el juez no puede hacer interpretaciones extensivas ni deducir competencias que no estén expresamente señaladas en la ley. Las consideraciones transcritas reflejan simplemente que el tribunal consideró conveniente la imposición de una inhabilidad para prevenir que los demandados no volvieran a incurrir en la misma conducta y no reparó en que este es un aspecto que debe ser determinado por el legislador, que es el competente para estructurar las sanciones; y tampoco tuvo en cuenta que los jueces solo pueden sancionar cuando tal determinación se haya establecido de modo preciso en una ley previa a la conducta que pretende sancionarse. El artículo 58 de la Ley 80 de 1993 tampoco le otorga al juez de la acción popular la competencia de imponer una sanción de inhabilidad a quienes han participado en actos de corrupción en un contrato. (...) La inhabilidad, al estar vinculada a una condena impuesta en un fallo de responsabilidad penal o civil, es una sanción que no puede ser impuesta por el juez de la acción popular porque a él no le corresponde pronunciarse sobre la responsabilidad penal o civil de los particulares que intervienen en la contratación estatal. El juez de la acción popular no es un juez de la responsabilidad: su función es preventiva y no resarcitoria. (...) La Sala revocará: La inhabilidad decretada en contra de las personas y sociedades particulares impuesta oficiosamente en el numeral sexto de las resoluciones del fallo, porque el juez de la acción popular no tiene competencia para tomar esta decisión. La acción popular no es una acción de responsabilidad civil, y su imposición afecta el derecho de defensa de los sancionados.”

ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / REVOCATORIA PARCIAL DE LA SENTENCIA / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / CONDENA IN GENERE / PROCEDENCIA DEL INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

Problema jurídico 3: *¿La condena por los perjuicios causados al derecho a la moralidad administrativa, declarada en primera instancia, requiere el trámite del incidente de liquidación de perjuicios para determinar su cuantía?*

Tesis 3: “El desconocimiento del artículo 34 de la ley 472 de 1998 sobre condena in genere. La disposición legal de acuerdo con la cual la condena al pago de estos perjuicios debe hacerse in genere y liquidarse mediante un incidente posterior dispuesta en el artículo 34 de la ley es imperativa y, además, es indispensable porque cuando el juez de la acción popular estime que se causaron perjuicios al derecho colectivo vulnerado y disponga su condena, es la entidad encargada de su protección la que debe formular el incidente que contenga “la liquidación motivada y especificada de su cuantía” y ofrezca las pruebas dirigidas a acreditarlos. Lo que debe determinarse en la sentencia, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, es si existe un daño al interés colectivo, en este caso, a la “moralidad administrativa” que haya causado “perjuicios” que puedan ser objeto de cuantificación; si está probado lo anterior, la condena se hace in genere, indicando sus fundamentos y sus parámetros. (...) En este caso, si el tribunal encontraba acreditada la ocurrencia de perjuicios a la moralidad administrativa y al patrimonio público, distintos de los generados como consecuencia de la anulación del Contrato y en relación con los cuales debía pronunciarse el juez del Contrato, podía disponer una condena in genere a favor de la entidad encargada de garantizar ese derecho, citada en tal condición para lo cual debía explicar cuál era esa entidad y por qué

podía considerarse que ella no era tenía la condición de entidad culpable por no haber realizado injustificadamente las acciones dirigidas a garantizarlos.”

ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / SENTENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / CONFIRMACIÓN PARCIAL DE LA SENTENCIA / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA / CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA / CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA / CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA / IRREGULARIDAD EN LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CASO ODEBRECHT

Problema jurídico 4: *¿Hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la vulneración de los derechos colectivos derivados de actos de corrupción en la contratación de una obra pública, denominada Ruta del Sol?*

Tesis 4: “La acción popular fue instaurada por la Procuraduría General de la Nación el 26 de enero de 2017, una vez se conocieron las confesiones ante la justicia penal de los actos de corrupción ocurridos en la celebración del contrato de concesión No. 001 de 2010 y sus convenciones modificatorias (otrosíes Nos. 3 y 6), y luego de que en un proceso arbitral que había promovido la Concesionaria contra la ANI, esta última reformara la demanda de reconvencción para solicitar la nulidad absoluta del contrato y de sus convenciones modificatorias. (...) La entidad concedente, la sociedad Concesionaria, sus socios y las personas naturales condenadas en los procesos penales fueron declaradas responsables de la violación de los derechos a la moralidad administrativa, a la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y su prestación eficiente y oportuna. (...) La Sala confirmará la declaración relativa a la vulneración de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a la libre competencia económica por parte de la ANI, de Gabriel Ignacio García Morales y de Otto Nicolás Bula Bula, porque estas decisiones no fueron apeladas. Confirmará también la declaración de la vulneración de la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa y al patrimonio público de los demás demandados porque los actos de corrupción probados para la celebración del Contrato y de sus convenciones modificatorias acreditan la vulneración de este derecho colectivo y porque los particulares también pueden ser declarados responsables de los mismos; se excluirá de esta declaración a la sociedad CSS porque no hay ningún medio de prueba del cual pueda inferirse que la citada sociedad estuviera involucrada en tales actos. Confirmará la orden a la ANI de incluir en todos sus procesos de contratación las reglas previstas por la Sala de Consulta del Consejo de Estado en el concepto del 10 de agosto de 2015, y la orden impuesta a la ANDJE, toda vez que estas decisiones no fueron apeladas.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de julio de 2023, C.P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 25000-23-41-000-2017-00083-02\(AP\).](#)

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque.

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN POPULAR / MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / COMPETENCIA RESTRINGIDA DEL JUEZ CONSTITUCIONAL / IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO

Problema jurídico: *¿La acción de tutela contra providencia judicial, de creación jurisprudencial, es procedente en un sistema de derecho legislado?*

Tesis: “Acompañé la sentencia del 27 de julio de 2023, que revocó algunas de las decisiones adoptadas en la sentencia de primera instancia que había accedido a las pretensiones. Ante el incumplimiento del requisito de la petición previa a la autoridad pública encargada de proteger el derecho colectivo, la acción era improcedente. Aunque la falta de agotamiento de este requisito de procedibilidad del artículo 144 CPACA era un argumento suficiente para desestimar las pretensiones, acompañé el fallo porque las precisiones que sobre el alcance de los mal llamados "poderes" del juez de la acción popular, son de enorme importancia ante la incertidumbre que han sembrado decisiones como la que estudió la Sala. Comparto plenamente las consideraciones del fallo frente a las limitadas competencias del juez popular.

Es cierto que la acción popular no tiene un carácter supletivo o residual frente a otras acciones judiciales, sino que se caracteriza por ser autónoma y principal dado que su objeto es la protección de derechos colectivos. Sin embargo, he sostenido reiteradamente que ello no implica que las facultades del juez de la acción popular sean ilimitadas. Los límites de la acción popular no se predicen no solo del fallo sino también en las medidas cautelares, como acertadamente el fallo expone. Las órdenes del juez no pueden invadir ámbitos reservados a la ley (como señala la sentencia respecto de las inhabilidades), como tampoco de la administración. Si bien en el campo de la actividad contractual del Estado puede encontrarse involucrado un derecho colectivo, ello no significa que la acción popular sea el mecanismo para estudiar la nulidad del contrato o el incumplimiento de sus obligaciones, pues la acción popular no reemplaza la acción de controversias contractuales –asunto privativo del juez del contrato (institucional o arbitral)– que, precisamente, está instituida para obtener esas declaraciones y el resarcimiento patrimonial correspondiente. En relación con los procesos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984 -CCA-, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su criterio para advertir que la acción popular no procede para anular contratos estatales, porque ello compete al juez institucional o a los árbitros, posición que está en consonancia con lo dispuesto por el artículo 144 del CPACA para los procesos iniciados después del 2 de julio de 2012. No podría pensarse en que para evadir la prohibición al juez de la acción popular de anular contratos estatales, esta autoridad optara por medidas alternativas, por ejemplo, la suspensión del contrato o dejarlo sin efectos un contrato -facultad reservada a las partes a través de la institución del mutuo disenso art. 1602 CC-, pues, un proceder en ese sentido, equivaldría a violar un mandato expreso del legislador, mediante figuras que soterradamente pretenden suplir a la nulidad prohibida. Cada proceso y recurso tienen su función, por ello la decisión de cada uno de ellos debe suponer que no interfiera con los demás, ni que uno le reste eficiencia al otro y tampoco que coexistan varios medios de control o recursos para decidir un mismo asunto. Lo que ocurrió en este proceso impone reflexionar sobre la conveniencia de seguir en este «desorden jurídico» que permite la coexistencia de instrumentos paralelos -acción popular- o sucesivos -acción de tutela- para la resolución de las controversias. Como lo sostuve en la aclaración de voto al fallo de 18 de julio de 2022 [AP 1517], el artículo 88 CN dispone, como es propio de todo sistema democrático, que la ley regulará la acción popular para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados, entre otros, con la «moralidad administrativa» [la reserva de ley es la primera y más importante garantía de los derechos de las personas, arts. 150 y 230 CN y arts. 4 y 17 CC]. En consonancia, aunque el artículo 4 lit. b, de la Ley 472 de 1998 enuncia la «moralidad administrativa» como derecho colectivo, el párrafo de este precepto es claro en disponer que los derechos e intereses colectivos enunciados en ese artículo estarán –así lo ordena– definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la Ley 472. De modo que más que «desarrollos jurisprudenciales» –que por cierto no han sido uniformes–, con arreglo a la Constitución y a la ley, el derecho colectivo a la «moralidad administrativa» exige una regulación legal previa en cuanto a su definición, elementos estructurales, procedencia y alcance. Ahora bien, para suplir la ausencia de una definición legal de la moralidad administrativa como derecho colectivo, el Consejo de Estado, luego de diversos y en ocasiones opuestos enfoques jurisprudenciales, sentó un criterio, según el cual dicho derecho se vulnera si una actuación administrativa, que trasgrede el ordenamiento, se origina en la decisión de una autoridad que no satisface el interés público, sino que persigue la consecución de un fin particular alejado al cumplimiento de la ley (desviación de poder). A mi juicio, aunque no desconozco la importante y meritoria labor de la jurisprudencia, al tratar de fijar el alcance del derecho colectivo a la «moralidad administrativa», mientras persista la ausencia de una definición legal, su protección a través de la acción popular seguirá presentando una enorme incertidumbre. Es más, aunque haya pasado un cuarto de siglo desde la expedición de la Ley 472 no sobraría preguntarse ¿puede el juez sustituir al legislador en la regulación de los derechos? ¿el concepto y alcance de un derecho puede quedar subordinado al criterio subjetivo del juez? ¿los cambios de jurisprudencia que se han dado y se seguirán presentando se acompañan con la garantía efectiva de los derechos y con la seguridad jurídica, base de todo Estado de derecho? El fallo se refiere a los efectos que produce la nulidad del contrato [núm. 150]. El inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece una regla distinta a la del Código Civil. En el ámbito de la contratación estatal, el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícitos, sólo tienen lugar cuando se prueba que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Es una regulación especial a la general prevista en la legislación civil, porque condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. Esta norma especial (art. 5.1 Ley 57 de 1887) no deroga parcialmente las leyes civiles que sancionan la celebración de contratos con objeto o causa ilícitos «a sabiendas» (art. 1525 CC). Las sanciones que el orden jurídico impone a los negocios entre particulares (arts. 6, 16, 1519, 1525 y 1746 CC, en concordancia con los artículos 104, 105 y 899 C.Co) tienen vigencia en los contratos que celebran las entidades públicas (arts. 2 CC), no solo porque el derecho privado constituye el régimen general del contrato [num. 13], sino por remisión expresa del artículo 44 de la Ley 80 de 1993. Al intérprete de la Ley 80 le corresponde armonizar sus preceptos especiales con las normas generales del derecho privado (art. 3 Ley 153 de 1887). Esa interpretación armónica no puede propiciar el desconocimiento a propósito del ordenamiento jurídico, ni la prohibición según la cual nadie puede

pretender enriquecimiento derivado del desconocimiento adrede de normas de orden público. La regulación de la Ley 80 no es tampoco contraria, incongruente o incompatible con los mandatos civiles sobre restituciones mutuas. De manera que el artículo 48 de esa ley se aplicaría, únicamente, cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas.”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de julio de 2023, A.V. Guillermo Sánchez Luque, radicación 25000-23-41-000-2017-00083-02\(AP\).](#)

2. Se ordena la adopción de medidas tendientes a la adjudicación en concesión del funcionamiento de un segundo canal de televisión para la ciudad de Bogotá.

Síntesis del caso: *Un ciudadano, en ejercicio de la acción popular, presentó una demanda contra la ANTV, la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con miras a obtener la protección de los derechos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y la libre competencia económica, que estimó vulnerados porque la señal de televisión del canal City Tv está siendo sintonizada en todo el territorio nacional, pese a que solo fue autorizada para ser emitida en la ciudad de Bogotá. Adicionalmente, acusó que los derechos colectivos invocados también están siendo transgredidos debido a que las autoridades competentes, desde 1997, no han adjudicado en concesión el funcionamiento de un segundo canal de televisión para la ciudad de Bogotá.*

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA / DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / MORALIDAD ADMINISTRATIVA / DERECHOS DEL USUARIO DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN Y CANALES PÚBLICOS / CANAL PRIVADO DE TELEVISIÓN / TELEVISIÓN LOCAL / TRÁNSMISIÓN DE SEÑAL DE TELEVISIÓN / CONCESIONARIO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN

Problema jurídico 1: *¿La retransmisión de la señal de televisión abierta del canal local City Tv a nivel nacional transgrede el artículo 11 de la Ley 680 de 2001, el contrato de concesión 167 de 1998 y, por consiguiente, atenta contra la libre competencia económica de los demás operadores de televisión abierta, así como contra el patrimonio público y la moralidad administrativa?*

Tesis 1: “[L]a verdadera competencia de los operadores de televisión abierta de los órdenes regional y nacional, no son sus pares del nivel municipal o distrital, sino los operadores de televisión por suscripción, pues son estos quienes tienen un mejor posicionamiento en el mercado de televisión. (...) [N]o se observa cómo una medida que propende por equilibrar el mercado, buscando equiparar las condiciones de competencia, beneficiando a la televisión abierta en su conjunto, gravando a su competencia más influyente y mitigando el riesgo de exclusión de las emisiones abiertas, termina por afectar de manera injusta a los operadores de esta señal televisiva. (...) [E]l deber de transporte de la señal de televisión abierta, como medida afirmativa, es más riguroso en relación con los canales del orden local, comoquiera que, frente a ellos, los operadores de televisión por suscripción pueden oponer falta de capacidad técnica para el cumplimiento de su obligación; requisito este que no fue previsto para los canales regionales ni nacionales, lo cual deviene en una ventaja competitiva en favor de estos, más no así frente a los operadores del nivel local. (...) [E]s un hecho que los operadores de televisión abierta del nivel nacional históricamente han gozado de mayor difusión y niveles de audiencia en comparación con sus similares de los niveles regional y local. (...) Esto permite discutir aún más la desventaja competitiva alegada por el recurrente, comoquiera que los canales regionales y locales de televisión abierta: i) no han existido durante el mismo lapso que los canales nacionales; ii) nacieron con capacidad de transmisión y perímetro de difusión limitados, y iii) el deber de retransmisión que los beneficia data del año 2001. (...) [L]a disposición cuestionada, lejos de tener la intención de imponer restricciones discriminatorias a determinados niveles de cobertura de la televisión abierta, lo que busca es potenciar su impacto televisivo mediante el deber de reproducción a cargo de los operadores por suscripción. (...) Significa lo anterior que no se puede concluir que existe un impacto gravoso o una restricción desproporcionada de la libre competencia económica de los operadores de televisión por los cuales aboga el demandante. (...) [L]a retransmisión de la señal de televisión abierta es un beneficio que no es exclusivo de los canales del nivel local, sino que se extiende a

todos los operadores del mercado de televisión abierta. (...) Así como la Corte Constitucional encontró que la actividad de transporte de la señal de televisión abierta beneficia significativamente a los operadores por suscripción, la Sala observa que, con mayor razón, favorece a los operadores de televisión abierta, pues de ese modo se está transmitiendo a los televidentes la programación de sus canales por medio de un tercero. (...) [L]a televisión abierta estaría aumentando sus niveles de difusión, al igual que la posibilidad de obtener mayores audiencias, sin asumir los costos que eso genera y sin perder de vista el objetivo supremo de mejora del servicio en favor del usuario. (...) [N]o se observa que el cumplimiento del deber de transporte de la señal abierta de televisión, sea una medida desproporcionada de cara al ejercicio de la libre competencia de los agentes económicos de ese mercado. (...) [L]a Sala no encuentra que el transporte de la señal del canal City Tv atente contra el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica de los operadores regionales y nacionales de televisión abierta, toda vez que, en cumplimiento de ese deber legal, a estos no se les están limitando o frustrando las libertades básicas de ejercer la actividad económica que realizan, de acceder y permanecer en el mercado, ni la posibilidad de ofrecer sus productos bajo las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas. (...) [T]ampoco se acreditó que la retransmisión denunciada altere la libertad de los consumidores y usuarios para acceder y elegir el tipo de servicio de televisión que desean adquirir. (...) [E]l recurso de apelación presentado por el demandante se limitó a enunciar que la retransmisión del canal City Tv resultaba inconveniente para los intereses económicos de los operadores regionales y nacionales de televisión abierta, haciendo especial alusión a los canales Caracol y RCN. (...) [L]a jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido que el amparo del derecho a la libre competencia económica en el marco de las acciones populares debe atender al ámbito colectivo de tal derecho, y no a los aspectos meramente subjetivos de los competidores. (...) [E]n el marco del orden económico establecido en la Constitución, la libre competencia y los derechos de los consumidores y usuarios son garantías entrelazadas e interdependientes. (...) [A]l entrar en tensión, el juez debe velar por la parte débil de la relación de consumo, es decir, por los consumidores y usuarios. (...) [P]ara la procedencia de la acción popular no basta con una posible afectación «de quienes participan directamente en la competencia ‘en’ o ‘por’ el mercado», sino que se hace necesario acreditar las repercusiones que ello tiene sobre derechos cuya titularidad se proyecta de manera unitaria sobre una colectividad usuaria o consumidora, la cual es objeto de tutela especial por parte del Estado. (...) Al precisar el alcance de la libre competencia como un instrumento para garantizar los derechos de los consumidores y usuarios, y no solo como un derecho individual de los agentes económicos del mercado, esta Corporación también señaló que su amparo resulta procedente cuando se verifique «la alteración o irrupción indebida a un mercado específico» en la medida en que los derechos de los consumidores y usuarios, como parte débil de la relación de consumo, dependen de unas condiciones óptimas de competencia en el mercado. (...) [E]l recurrente no demostró que la posible afectación de los intereses económicos de otros operadores del servicio de televisión abierta, perjudique a una colectividad o a un segmento de la población usuaria de ese servicio en cuanto a las condiciones de acceso, calidad o precio; ampliación de la cobertura, pluralidad de oferentes y productos; libertad de elección; igualdad y bienestar social u otro parámetro de protección, y mucho menos acreditó que la retransmisión del canal City Tv constituya una alteración indebida del mercado de televisión abierta. (...) [L]os intereses económicos de los operadores de la televisión abierta, aparejados a la clasificación territorial de la televisión en Colombia, de ninguna manera tienen el sustento necesario para limitar la prestación del servicio o distinguir entre usuarios, toda vez que el acceso universal y libre tráfico de la información, así como los derechos y libertades asociadas, constituyen garantías esenciales que les asisten a la totalidad de habitantes del territorio sin distinción alguna. (...) [E]l hecho consistente en que pueda existir una carga económica para algunos de esos operadores no permite catalogar la medida legislativa como arbitraria o desproporcionada, ni mucho menos que carezca de justificación en el marco de los criterios jurídicos establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y de los intereses jurídicos que la acción popular pretende salvaguardar. (...) [L]a posible restricción de los derechos económicos de los operadores de televisión abierta regional y nacional resulta legítima, en virtud de que el cumplimiento del deber de transporte de la señal abierta de los canales locales concuerda con los postulados del pluralismo informativo; la comunicación de los diversos rasgos culturales entre las regiones del país; la difusión de los acontecimientos, expresiones, preocupaciones y necesidades de los territorios que, pese a ser de interés público, no llegan a ser lo suficientemente conocidas por la colectividad; la participación; la transparencia; la libertad de opinión; la equidad; la solidaridad; la identidad nacional, entre otras finalidades cardinales del servicio que atienden a la prevalencia del interés general.”

ACCIÓN POPULAR / INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / DERECHO A LA MODALIDAD ADMINISTRATIVA / DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA / RÉGIMEN PRESUPUESTAL / VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL / REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL / CLAUSULAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN DE ESPACIOS DE TELEVISIÓN Y CANALES PÚBLICOS / CANAL PRIVADO DE TELEVISIÓN /

TELEVISIÓN LOCAL / CONCESIONARIO DE TELEVISIÓN POR SUSCRIPCIÓN / CLÁUSULA CONTRACTUAL / PRECIO / PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 2: *¿Los parámetros utilizados por las autoridades de televisión para pactar el precio de la prórroga del Contrato de Concesión 167 de 1998, transgreden los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público, a la moralidad administrativa y a la libre competencia económica, esto teniendo en cuenta el alcance de la cláusula octava del Otrosí N° 4 del Contrato de Concesión 167 de 1998, de la cual se realizó estudio de validez dentro de un proceso arbitral convocado por la CNTV para dirimir las controversias surgidas con la CEETTV S.A.?*

Tesis 2: “[L]a Sala no observa que el apelante haya cumplido con la carga de argumentar y acreditar con suficiencia la manera en que las cláusulas contractuales cuestionadas -relativas al valor de la concesión-, encuadren dentro de las conductas que la jurisprudencia de esta Corporación ha definido como hipótesis transgresoras del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público. (...) [E]l recurso de apelación presentado por “[J.O.J.A.] se limitó a aducir que el patrimonio público se encuentra afectado porque se estima que la autoridad de televisión no le ha cobrado a un competidor del mercado de televisión abierta -la sociedad CEETTV S.A.- un mayor valor del precio de la prórroga del respectivo contrato de concesión, que el recurrente considera que se le debe al Estado. (...) [M]ás allá de una disconformidad en términos de libre competencia frente a la cláusula octava del Otrosí N.º 4 del Contrato de Concesión N.º 167 de 1998, el recurrente no argumentó ni demostró una transgresión contundente del régimen presupuestal aplicable de cara a los intereses de la colectividad, tal y como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación. (...) El apelante no expresó razones sólidas y específicas en torno a un eventual manejo o destinación ilegal de los recursos del Estado, ni precisó el impacto concreto que las posibles deficiencias en la actividad contractual estaría[n] ocasionándole al erario, máxime cuando el mismo actor reconoció que la controversia que plantea ante esta instancia ya fue resuelta por la jurisdicción. (...) [E]l juez constitucional que examinó la juridicidad de la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, en el sentido de que la cláusula contractual controvertida no representa una transgresión manifiesta del ordenamiento superior ni el patrimonio del Estado. (...) [L]a autonomía negocial para fijar el precio de la concesión fue ejercida por la administración en virtud de la competencia otorgada por la ley, sin evidenciar una desproporcionalidad de las prestaciones, pues, como se advirtió en el acápite C.2. de esta providencia, la Ley 1341 de 2009 señaló que la asignación o renovación del acceso al espectro radioeléctrico tiene como prioridad la maximización del bienestar social -incluso por encima de la maximización del ingreso fiscal -, promover la inclusión y reducir la brecha digital, lo cual se logra garantizando el acceso universal, la ampliación de la cobertura y la mejora de la calidad de los servicios a los usuarios. (...) [N]o es dable asumir en esta instancia que el patrimonio público fue administrado de manera negligente, irresponsable o deshonesto, pues, como se ha observado, la manera en que se fijó el precio de la prórroga de la concesión se mantiene dentro de los diversos ámbitos jurídicos aplicables. (...) [T]al y como se explicó a lo largo del apartado C., el cumplimiento del deber de transporte o retransmisión de la señal de televisión abierta -aducido por el demandante como situación que repercute en los derechos colectivos, pero que se erige como instrumento articulador entre el Contrato de Concesión 167 y el servicio público de televisión- consulta plenamente los cometidos constitucionalmente imperiosos que persigue el legislador. (...) El recurrente no demostró que el precio fijado por la autoridad de televisión desconociera de forma evidente algún parámetro, regla o imperativo de carácter técnico y científico relativo a la gestión eficiente del espectro electromagnético del Estado, el cual, como consecuencia, pusiera de manifiesto la vulneración de los intereses de la colectividad en torno al patrimonio público. (...) [L]a Sala destaca que utilizar la acción popular en aras de reconfigurar de manera aislada las condiciones económicas específicas de un solo contrato de concesión, sí amenazaría seriamente el patrimonio del Estado en atención a las implicaciones que ello acarrearía en materia económica, de gestión del espectro radioeléctrico, de estabilidad jurídica e igualdad de trato entre los diferentes concesionarios y de intervención técnica y eficiente del mercado de televisión. Sin lugar a dudas, ese tipo de determinaciones son propias del resorte de la administración pública. (...) [E]l demandante tampoco demostró que la cláusula cuestionada represente una condición competitiva abruptamente desfavorable para los intereses de los operadores nacionales y regionales de televisión abierta. (...) Además de las razones expuestas en el literal C. de este capítulo, relativas a la legitimidad de restringir los derechos económicos asociados a la libre competencia económica, se observa que el Otrosí N.º 4 del Contrato de Concesión 167 de 1998 se pactó el 18 de marzo de 2009, esto es, en el marco de la aplicación del deber de transporte de la señal de televisión abierta establecido en el artículo 11 de la Ley 680 de 2001. (...) [A]unque la cláusula que fijó el precio de la prórroga del contrato de concesión 167 conforme a la Ley 680, data de 2009, el actor considera que sólo hasta el 2015 se está ocasionando una afectación de la libre competencia económica. (...) Esta inactividad del actor a lo largo de 6 años no permite revelar la existencia de una vulneración que amerite la intervención del juez de la acción popular, máxime cuando: i) se trata de una cláusula contractual cuya

legalidad ya ha sido declarada; ii) el contrato se ejecuta en observancia de un deber legal plenamente ajustado a la Constitución; y iii) no se allegó prueba idónea acerca de un impacto económico cierto -más no hipotético sobre los demás concesionarios del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de televisión abierta. (...) En otras palabras, la mera disparidad de criterios técnicos en materia de definición de una tarifa en el marco de una cláusula que se encontró acorde al ordenamiento, no pone de manifiesto un perjuicio para los demás competidores del mercado de televisión abierta y tampoco para el patrimonio del Estado. (...) El apelante debe entender que un análisis de tal naturaleza, referente a la conveniencia de las estipulaciones contractuales, no es propio del juez de la acción popular. (...) En efecto, en consideración al principio de relatividad del contrato, la Sala estima que el debate acerca del equilibrio o la equidad de las contraprestaciones pactadas con base en factores externos como el índice de inversión neta en publicidad en televisión -INPTV- es un aspecto propio de la autonomía de la voluntad de las partes. (...) En ese sentido, una vez ejercida dicha autonomía para definir las condiciones del contrato del que se es parte, en principio no resulta válido desconocer su contenido o pretender su ajuste so pretexto de las reglas o condiciones contractuales pactadas en otros contratos con otros operadores. (...) [C]omo el contrato 167 de 1998 no transgrede derechos colectivos, sino que, por el contrario, se observó que los desarrolla en el marco de la ley y la Constitución, no es válido pretender el reajuste de la retribución pactada ni mucho menos la intervención en la prestación del servicio, bajo el pretexto de que la cláusula respectiva presenta diferencias razonables con las de otros contratos de concesión del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de televisión abierta. (...) [T]ampoco (...) se encuentr[a] acreditado que la conducta de los servidores y demás personas involucradas en la cláusula contractual cuestionada reúna los elementos objetivo y subjetivo que resultan indispensables para revelar el menoscabo del derecho colectivo a la moralidad administrativa.”

RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA / AMPLIACIÓN DEL PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DEL FALLO JUDICIAL / MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS TELECOMUNICACIONES / PROCESO DE SELECCIÓN / CONCESIÓN DE TELEVISIÓN / TELEVISIÓN LOCAL / OPERADOR DE CANAL PRIVADO DE TELEVISIÓN

Problema jurídico 3: *¿Resulta procedente modificar el ordinal segundo de la sentencia de 17 de julio de 2020, emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la acción popular, en el sentido de ampliar el término de 2 meses otorgado al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones para iniciar el proceso de selección para la segunda concesión de la explotación del servicio de televisión local abierta de operación privada en la ciudad de Bogotá D.C.?*

Tesis 3: “[S]in perjuicio de la autonomía que le asiste al MinTIC para el ejercicio de sus funciones, y de que el ordenamiento no precisó un plazo para la habilitación de una segunda estación local de televisión, lo cierto es que se trata de una obligación concreta que debe ser observada en el marco del principio de progresividad; es decir, desplegando de manera gradual diversas obligaciones de hacer, conforme a las capacidades económicas e institucionales del Estado, a efectos de garantizar la eficacia y cobertura de los derechos constitucionales. (...) [N]o se observa que el MinTIC haya informado o acreditado el inicio ni el estado actual de los diversos trámites, estudios, revisiones normativas, verificaciones de interesados y de disponibilidad del espectro radioeléctrico, determinación de contraprestaciones equitativas, diseños de procesos y demás acciones que dicha cartera ministerial enlistó y programó como necesarias para cumplir con la obligación legal. Sumado a lo anterior, tampoco expuso razones asociadas a eventuales contratiempos que llegaran a obstaculizar el procedimiento administrativo para poner en operación un segundo canal para el Distrito Capital. (...) [L]a decisión del Tribunal de primera instancia de ninguna manera le ha impedido al MinTic «decidir la apertura del proceso de selección de acuerdo con los postulados previstos en el ordenamiento jurídico» y mucho menos que, conforme al mismo ordenamiento aplicable, se le esté oponiendo algún límite para el cumplimiento de su obligación jurídica de iniciar los pasos orientados hacia la apertura del proceso, tal y como lo quiere hacer ver el recurrente. (...) [E]l respeto por autonomía de la administración en la gestión de sus asuntos no justifica el desconocimiento del contenido obligacional de la disposición jurídica del Acuerdo 24, ni conduce a que su exigibilidad se prolongue en el tiempo de forma indefinida, máxime cuando han transcurrido de más de 26 años desde la existencia de la obligación. (...) [L]a nueva normatividad, que impone nuevos requisitos y mayor rigurosidad en la modernización del sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones, no puede suponer un detrimento en la prestación del servicio ni la insatisfacción de los derechos de los usuarios, toda vez que el propósito mismo del ordenamiento es la materialización del derecho sustancial. (...) [C]onforme con el cronograma de gestión allegado por el MinTIC, actualmente se encuentra fenecida la fecha límite para darle cumplimiento a los «hitos» que conducen, en primer lugar, a definir el valor de la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico y, seguidamente, a diseñar el proceso de selección correspondiente. (...) El desarrollo del referido conjunto de actividades y etapas administrativas previas

iniciaba el 15 de agosto de 2020 con la «revisión de mejores prácticas internacionales», y concluía el 7 de abril de 2021 con la «expedición de la norma». Significa lo anterior que el mismo MinTic precisó que las etapas que son requeridas para darle cumplimiento a la orden judicial debían ser agotadas dentro de un plazo máximo de ocho (8) meses. (...) [A]unque la apoderada judicial del MinTIC haya mencionado que esa cartera ministerial necesita, como mínimo, de 18 y hasta 24 meses para adelantar las acciones requeridas para asignar permisos del uso del espectro radioeléctrico para la operación del servicio de televisión abierta radiodifundida local, lo cierto es que dicho plazo no fue debidamente soportado en un calendario de trabajo que reflejara con precisión y claridad, las labores, los tiempos y la sumatoria de tales factores para el cumplimiento de la obligación jurídica, a diferencia de lo que ocurre con el cronograma anteriormente referido. (...) [S]e considera pertinente modificar el ordinal segundo de la sentencia de 17 de julio de 2020, en el sentido de reajustar el término de cumplimiento de dos (2) meses, al plazo de ocho (8) meses que prudencialmente y, en ejercicio de su autonomía administrativa, determinó el MinTIC en el cronograma que aportó ante esta instancia. (...) [E]l cronograma diseñado por el MinTIC no fue puesto en conocimiento del Tribunal de primera instancia, y su contenido resulta válido para «señalar un plazo prudencial [de cumplimiento de la sentencia], de acuerdo con el alcance de las determinaciones», tal y como lo ordena el artículo 34 de la Ley 472.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 29 de junio de 2023, C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-41-000-2015-01321-01 \(AP\).](#)

SALA PLENA DEL CONTENCIOSO



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La detención preventiva impuesta por una autoridad judicial constituye un hecho externo que resulta imprevisible, irresistible, extraño y no imputable al congresista demandado, por lo tanto, en el caso concreto no se configuró la causal de pérdida de investidura por no haber tomado posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación del congreso.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del senador Mario Alberto Castaño Pérez, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por no haber tomado posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras.*

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / NO TOMAR POSESIÓN / CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico 1: *¿Se encuentra configurado el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política respecto del senador Mario Castaño Pérez por no haber tomado posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras?*

Tesis 1: “Sobre esta causal, el Consejo de Estado ha indicado que se deben cumplir tres requisitos: (i) Que la persona acusada haya sido elegida congresista; (ii) Que no haya tomado posesión del cargo dentro de los 8 días siguientes a la fecha de instalación de las cámaras y (iii) Que la falta de posesión no sea atribuible a un hecho constitutivo de fuerza mayor. Este último requisito, inexistencia de fuerza mayor, se deriva del párrafo del artículo 183 de la Constitución Política, el cual señala expresamente que esta causal para la pérdida de investidura no se aplica cuando medie fuerza mayor. (...) [P]uede establecerse que el mismo se encuentra acreditado, por cuanto el Señor Mario Alberto Castaño Pérez, fue elegido como Senador de la República para el periodo constitucional 2022-2026, de ello da cuenta el formulario E-26 del 13 de marzo de 2022 y la Resolución No. E-3332 del 19 de julio de 2022, que declaró elegido el Senado de la República para el periodo constitucional 2022-2026, estableciendo que del mismo haría parte por el Partido Liberal Colombiano, el Señor Mario Alberto Castaño Pérez. En cuanto al segundo de los elementos, se encuentra acreditado que el Señor Mario Alberto Castaño Pérez, no tomó posesión legal de su cargo, dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fuere llamado a posesionarse. Visto lo anterior, para la Sala Plena, es posible concluir que la parte demandada incurrió en la conducta descrita en el numeral 3° del artículo 183 de la Constitución Política (...)”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el alcance y la naturaleza de la pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de marzo de 2021. Exp. 15001-23-33-000-2020-01680-01(PI). M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima de Decisión de Pérdida de Investidura. Sentencia del 20 de febrero de 2019. Exp. 11001-03-15-000-2018-03883-00(PI). M.P. María Adriana Marín (E).

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la falta de toma de posesión en el cargo de congresista como causal de pérdida de investidura del congresista, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de octubre de 2011, radicación 11001-0315-000-2010-01228-00(PI).

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / NO TOMAR POSESIÓN / FUERZA MAYOR / CONCEPTO DE FUERZA MAYOR / CARACTERÍSTICAS DE LA FUERZA MAYOR / IMPREVISIBILIDAD DE LA FUERZA MAYOR / IRRESISTIBILIDAD DE LA FUERZA MAYOR / CONFIGURACIÓN DE LA FUERZA MAYOR / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico 2: *¿Se encuentra configurado el elemento subjetivo de la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política respecto del senador Mario Castaño Pérez por no haber tomado posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras?*

Tesis 2: “[L]a situación constitutiva de la fuerza mayor debe ser un hecho extraño a quien la alega, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar el incumplimiento o inejecución de determinado deber u obligación por parte de éste. En razón de su carácter imprevisible e irresistible, la fuerza mayor es considerada en nuestro ordenamiento jurídico como causa eximente de responsabilidad, por cuanto viene a justificar el incumplimiento de la correspondiente obligación. La imprevisibilidad que es propia de la figura, se presenta cuando resulta totalmente imposible visualizar o contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible, se hace necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto a fin de verificar cuáles son las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega en su beneficio ese fenómeno liberatorio. (...) En este sentido, la fuerza mayor, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, se produce cuando el hecho exógeno al elegido es imprevisible e irresistible y se traduce en la imposibilidad absoluta de dar cumplimiento a la obligación de tomar legal posesión del cargo. En tales circunstancias el hecho de la falta de posesión dentro de la oportunidad legal, no puede subsumirse en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3º del artículo 183 de la Constitución Política, por tratarse de una omisión plenamente justificada. (...) [L]a detención preventiva, impuesta por la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia, constituye un hecho externo proveniente de una autoridad judicial, la cual fue imprevisible, irresistible, extraña y no imputable al congresista demandado, en tanto no la pudo prever y la tuvo que soportar al no provenir de su voluntad. Además, su detención preventiva se produjo cuando ya había sido elegido por el pueblo como Congresista y días antes de la instalación del Congreso de la República, y ello ocasionó que no pudiera presentarse a tomar la posesión de su cargo dentro del término establecido en la norma. Para la Sala Plena, no es de recibo lo expuesto por el demandante en el recurso de apelación, en el sentido de que no estamos ante la figura de la fuerza mayor o caso fortuito, en razón de la aceptación de cargos. Y no es de recibo, por cuanto para la fecha de instalación del Congreso y los ocho (8) días siguientes, con los que contaba para posesionarse el demandado aun contaba con la garantía de su derecho a la presunción de inocencia, en tanto, de acuerdo con las consideraciones expuestas por su apoderado en primera instancia y el material probatorio, para esas fechas, no había aceptado los cargos. Lo anterior no significa que, si los hubiera aceptado para ese momento, la conclusión tuviera que ser que incurrió en la causal, sino que obligaría a la Sala a realizar el análisis con ese nuevo supuesto y no es necesario, pues como se dijo, esa aceptación de cargos no resultó probada. En síntesis, para la Sala es evidente que la conducta censurada de abstenerse de tomar posesión del cargo de Senador, período constitucional 2022-2026, dentro de los ocho (8) días siguientes a la instalación de las Cámaras, no fue el producto del dolo o culpa grave del senador electo, sino que tal omisión tuvo por causas eficientes e insuperables la detención preventiva impuesta el día 16 de junio de 2022, por la Sala Especial de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia. En conclusión, al encontrarse acreditado que el señor Mario Alberto Castaño Pérez, no tomó posesión del cargo dentro del término establecido en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política, por fuerza mayor, se impone confirmar la sentencia de primera instancia”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de fuerza mayor, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P, María Claudia Rojas Lasso sentencia del 21 de octubre de 2010, Expediente 2009-00142-01

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 8 de agosto de 2023; C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 11001-03-15-000-2022-04833-01\(PI\) acumulado con el proceso 11001-03-15-000-2022-04637-01.](#)

Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

SALVAMENTO DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / NO TOMAR POSESIÓN / FUERZA MAYOR / CARACTERÍSTICAS DE LA FUERZA MAYOR / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Problema jurídico: *¿En el caso bajo estudio fue el accionado quien con su conducta dio lugar a la imposición de la medida de aseguramiento con ocasión de la cual no tomó posesión del cargo para el cual fue elegido y, en consecuencia, sí se configuraba la causal de pérdida de investidura invocada?*

Tesis: “[C]onsidero que sí procedía la desinvestidura ante la no configuración de fuerza mayor, atendiendo que, en el caso concreto, la medida de aseguramiento no resultaba ajena, jurídicamente hablando, al señor Castaño Pérez. De cara a la estructuración de la causal del numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política, la jurisprudencia de la Corporación ha considerado que constituye fuerza mayor la detención cuando se encuentran en discusión los hechos y su autoría, bajo el entendido de que en tales situaciones tiene prevalencia el principio de presunción de inocencia. (...) Pese a ello, estimo que el caso de la referencia es diferente. Y lo es, porque el señor Castaño Pérez admitió los hechos por los que se le investigaba y se le impuso medida de aseguramiento; prueba de eso es que el 21 de septiembre de 2022, dicho sujeto efectuó aceptación total de los cargos endilgados, con fines de sentencia anticipada. En esa medida, el acto de detención no le resultaba ajeno al congresista. En efecto, en virtud del elemento de no imputabilidad, ajenidad o exterioridad, requerido para la configuración de la fuerza mayor, no se reputa de quien con su conducta ha contribuido a la realización del hecho alegado. De ahí que no deba haberse tenido control sobre la situación, ni injerencia en la misma, a fin de que ella resulta ajena, jurídicamente hablando. Vistas, así las cosas, se tiene que el accionado con su conducta ilícita, que posteriormente aceptó, dio lugar a la imposición de la medida de aseguramiento con ocasión de la cual no tomó posesión del cargo para el cual fue elegido dentro del término establecido en la norma aplicable. Luego, no podía hablarse de ausencia de injerencia sobre la situación ilícita que dio lugar a la imposición de la medida de aseguramiento, razón por la cual se configuraba la causal de pérdida de investidura invocada en las demandas de la referencia”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la fuerza mayor como eximente de la configuración de la causal de pérdida de investidura por falta de toma de posesión en el cargo de congresista, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P.: William Hernández Gómez, sentencia del 28 de mayo de 2019, radicado: 11001-03-15-000-2018-03883-01.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 8 de agosto de 2023; S.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-15-000-2022-04833-01\(PI\) acumulado con el proceso 11001-03-15-000-2022-04637-01.](#)

Aclaración de voto del consejero César Palomino Cortés

ACLARACIÓN DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / NO TOMAR POSESIÓN / FUERZA MAYOR / CONCEPTO DE FUERZA MAYOR / CARACTERÍSTICAS DE LA FUERZA MAYOR / IRRESISTIBILIDAD DE LA FUERZA MAYOR

Problema jurídico: *¿La Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado debió establecer de manera clara una tesis categórica sobre la no configuración de la causal de pérdida de investidura cuando el congresista no puede tomar posesión del cargo por motivos de fuerza mayor tales como la privación de la libertad?*

Tesis: “Aunque comparto la decisión de confirmar el fallo recurrido en cuanto negó las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura sustentada en la causal tercera del artículo 183 de la Constitución Política, considero que el análisis efectuado por la Sala Plena, y la estructura misma del fallo, imposibilita que la Sala Plena de la Corporación elabore una dogmática general sobre esta causal de pérdida de investidura, de cara al propósito de sentar una jurisprudencia cierta y aplicable de manera inequívoca a los próximos casos que se fundan en los mismos supuestos de hecho. Ciertamente, los fallos que dictan los jueces resuelven un asunto concreto, sin embargo, las tesis jurídicas que desarrollan deben servir de orientación casi que, al punto de resolver la complejidad de los casos venideros, de manera que los jueces de los órganos de cierre están llamados a crear una proposición jurídica que reduzca la complejidad de los próximos debates. (...) En estos casos, como el analizado por la Sala, el hecho relevante es que el congresista no pudo tomar posesión, porque estaba privado de la libertad, y ese es un hecho irresistible para todos aquellos eventos de iguales supuestos fácticos, por ello, advierto que la providencia incurre en la falencia de no establecer una dogmática general que aplique de manera forzosa a todos esos casos, en los que solo se tiene que mirar la irresistibilidad de la fuerza mayor, para concluir que el congresista no incurrió en la conducta reprochada jurídicamente. Y ello es así, porque nadie está obligado a lo imposible, independientemente si ha sido un acto voluntario o no. Por esta razón no es viable adentrarse en los demás elementos de la fuerza mayor, como la imprevisibilidad, o si la persona es culpable o inocente, pues esto implicaría que el juez de pérdida de la investidura se involucrara en un proceso penal, para lo cual no tiene competencia ni el debido proceso para llegar a establecerlos. Por las anteriores razones considero que este era el momento para que la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado estableciera de manera clara una tesis categórica sobre la no configuración de la causal de pérdida de investidura cuando el congresista no puede tomar posesión del cargo por motivos de fuerza mayor, como la privación de la

libertad”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el análisis de culpabilidad en el proceso de pérdida de investidura, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2016.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 8 de agosto de 2023; A.V. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-15-000-2022-04833-01\(PI\) acumulado con el proceso 11001-03-15-000-2022-04637-01.](#)

2. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo reitera que para la configuración de la causal de desinvestidura por la vulneración del régimen de incompatibilidades por desempeñar un cargo o empleo distinto al de congresista, no es suficiente que el parlamentario ostente el cargo o empleo público o privado pues, además, resulta necesario que este haya ejecutado funciones propias del mismo.

Síntesis del caso: *La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resuelve en segunda instancia la demanda de pérdida de investidura en contra del representante a la cámara Luis Miguel López Aristizábal por una presunta violación al régimen de incompatibilidades al presuntamente ejercer un cargo o empleo en una empresa privada y como representante legal de esta, haber gestionado contratos y negocios ante entidades públicas.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / INCOMPATIBILIDADES DEL CONGRESISTA / DESEMPEÑO DE EMPLEO PRIVADO / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES

Problema jurídico 1: *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se configuró la excepción de cosa juzgada toda vez que contra del congresista demandado y por las mismas razones fue promovido el medio de control de nulidad electoral que ya fue decidida por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante sentencia que actualmente se encuentra en firme?*

Tesis: “[E]sta Corporación ha destacado que en la medida en que las normas constitucionales y legales que definen las conductas y actividades incompatibles con la calidad de miembro del congreso son el punto de referencia obligatorio para establecer, en el caso concreto, si un congresista debe hacerse acreedor a la sanción, resulta ineludible concluir que las mismas deben ser interpretadas de forma restrictiva, por lo que, en consecuencia, no es posible efectuar interpretaciones analógicas ni extensivas (...). [M]ás allá de que en el registro mercantil se encuentre al acusado como representante legal de la sociedad GRUPO DE COMERCIALIZADORES POR COLOMBIA GDC S.A.S, lo cierto es que, conforme lo ha establecido esta Sala Plena y contrario a lo considerado por el actor en su recurso de apelación, no es suficiente que el cargo o empleo público o privado se ostente. Resulta necesario, además, que se hayan ejecutado funciones propias del mismo, razón por la que el hecho consistente en que el acusado fungiera en ese registro como gerente y representante legal de dicha sociedad una vez declarada su elección y posesionado como representante a la cámara por el departamento de Antioquia para el período 2022-2026, no podría configurar la conducta reprochada en la incompatibilidad prevista en el artículo 180 numeral 1° constitucional. (...) [S]e debe precisar que de las pruebas que fueron regular y oportunamente allegadas al proceso, no resulta posible acreditar que el acusado haya ejecutado las funciones propias de la gerencia y representación legal de la sociedad GRUPO DE COMERCIALIZADORES POR COLOMBIA GDC S.A.S.”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el régimen de incompatibilidades de los congresistas, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Sentencia del 1 de junio de 2010. Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00598-00(PI) y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 7 de diciembre de 2010. Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00872-00(PI).

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la causal de incompatibilidad del congresista por desempeñar cargo o empleo público o privado, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P. José Roberto Sáchica Méndez. Sentencia del 13 de septiembre de 2022. Expediente: 11001-03-15-000-2021-04291-02 (6881).

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES / INCOMPATIBILIDADES DEL CONGRESISTA / INCOMPATIBILIDAD POR GESTIÓN DE ASUNTOS ANTE ENTIDAD PÚBLICA Y LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA / INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DEL DIPUTADO

Problema jurídico 2: *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se acreditó el elemento objetivo respecto a la vulneración del régimen de incompatibilidades por parte del representante a la Cámara Luis Miguel López Aristizábal al desconocer lo previsto en el numeral 2 del artículo 180 Superior, por haber realizado alguna gestión ante entidad pública o administradoras de tributos o por haber celebrado contratos con estas?*

Tesis: “Esta Sala ha destacado que dichas prohibiciones se sustentan en «[...] la intención de crear un marco normativo para que quienes detentan esa alta dignidad del Estado, no alteren el principio de igualdad “porque habrá preferencia o prelación en la solución del asunto, frente a los que tramitan el común de los ciudadanos [...]». De igual forma, ha mencionado que la norma contempla tres situaciones: (i) la gestión de asuntos, en forma directa o por interpuesta persona, ante entidades públicas o personas que administren tributos; (ii) apoderar ante las mismas entidades, y (iii) celebrar contratos, en forma directa o indirecta, con los sujetos señalados. (...) De las pruebas que obran en el plenario -aportadas regular y oportunamente al proceso- y que han sido expuestas líneas atrás, el actor no logró acreditar que el congresista cuestionado, Luis Miguel López Aristizábal, en su condición de gerente y representante legal de aquella sociedad, haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas como representante legal y gerente de la sociedad con posterioridad a la declaración de la elección del acusado como parlamentario -Acuerdo n.º 003 de 16 de julio de 2022- y a su posesión en tal cargo. (...) De esta forma, la Sala comparte lo afirmado por la Sala Once Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, en el sentido que no encontró probado que el representante a la Cámara por el departamento de Antioquia, Luis Miguel López Aristizábal, haya incurrido en la causal en la causal de incompatibilidad prevista en el artículo 180 numeral 2º de la Carta Política, teniendo en cuenta que no existe evidencia en torno a que, concomitante con tal condición, haya realizado alguna gestión ante entidad pública o administradoras de tributos, ni ha celebrado contratos en nombre de la sociedad GRUPO DE COMERCIALIZADORES POR COLOMBIA GDC S.A.S.”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la incompatibilidad por gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Ramiro Saavedra Becerra. sentencia del 27 de junio de 2006. Radicación 11001 03 15 000 2005 1331 00. Expediente PI 1331; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero, sentencia del 28 de noviembre de 2000. Radicación número: AC-11349; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia del 6 de abril de 2010. Radicación: 110010315000200900639-01; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. M.P. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia del 9 de julio de 2013. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00709-00(PI) y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. María Claudia Rojas Lasso. Sentencia del 10 de noviembre de 2009. Radicación número: 11001-03-15-000-2008-01181-00(PI).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 8 de agosto de 2023; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-03-15-000-2022-06270-02\(PI\)](#)

3. No se configuraron las causales de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos y tráfico de influencias en cabeza del congresista demandado, al haberle encomendado a un miembro de su UTL la gestión de una notificación personal de un auto de apertura de una investigación disciplinaria junto con una solicitud de copias, pues dicha gestión no corresponde a una defensa técnica ni al ejercicio de alguna de las facultades dispuestas por el artículo 77 del Código General del Proceso.

***Síntesis del caso:** En ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en contra del senador Jairo Alberto Castellanos Serrano, un ciudadano solicitó que le fuera impuesta dicha sanción por presuntamente haber incurrido en indebida destinación de dineros públicos y tráfico de influencias, al conferirle poder especial a una asesora de su Unidad de Trabajo Legislativo dentro de un proceso disciplinario que se le adelantaba ante la Procuraduría General de la Nación.*

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / NOTIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NOTIFICACIÓN DEL APODERADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

***Problema jurídico:** ¿El congresista Jairo Alberto Castellanos Serrano incurrió en la causal de pérdida de investidura por indebida destinación de dineros públicos al conferirle poder especial a un miembro de su Unidad de Trabajo Legislativo dentro de un proceso disciplinario iniciado por la Procuraduría General de la Nación?*

Tesis: “Para que la causal de pérdida de investidura de congresista por indebida destinación de dineros públicos se configure objetivamente, debe cumplirse con los siguientes supuestos: 1. Que el sujeto ostente la calidad de congresista y que esté en ejercicio de las funciones propias de su cargo. 2. Que se esté frente a dineros públicos. En lo relativo a este supuesto, para efectos del alcance de la causal, estos son aquellos recursos públicos que administra el Estado. 3. Que los dineros públicos sean indebidamente destinados. (...) [P]uede establecer la Sala, que no se demostró que el congresista convocado haya conferido poder a una de las integrantes de su UTL, quien ostenta la calidad de servidora pública, para que “asumiera su defensa técnica”, como lo afirma el convocante, con el fin de “ahorrarse un abogado de confianza en la causales e investigaciones que afronta el demandado, así sean con ocasión a su calidad de senador”. Lo anterior en la medida en que, tal y como quedó acreditado, la gestión adelantada por la abogada [M.C.R.L.], consistió en la notificación personal del auto de apertura de la investigación y solicitud de copias, en los términos conferidos en el poder, y no ejerció ninguna de las facultades dispuestas por el artículo 77 del Código General del Proceso. Además, no se desprende de esas actividades, que la misma corresponda a una defensa técnica dentro de un proceso disciplinario, por lo que no es posible evidenciar que la Asesora Grado I de la UTL del congresista convocado, haya destinado parte de su tiempo de trabajo, a la defensa técnica de su jefe. Incluso, la testigo hizo referencia a cuánto de su tiempo tomó el acto de notificación y solicitud de copias, que como se reitera no corresponde a una defensa dentro del proceso disciplinario, dejándose además sentado, que esa actuación fue de mero trámite u operativa y que no interfirió en el cumplimiento de sus funciones. Al margen de lo anterior, se tiene que la labor encomendada por el Congresista a su UTL, correspondió a la descrita en el artículo 71 de la Ley 1437 de 2011 (...). Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 del CPACA, toda notificación personal lleva consigo la entrega de copias, por lo que ese poder pudo ser conferido a un abogado o a cualquier otra persona, de donde se desprende que su intención nunca fue la de conferir un poder para que ejerciera su defensa técnica. Por lo tanto, en este caso no está comprobada la indebida destinación de dineros públicos de manera directa o indirecta por parte del senador, es decir, no está demostrado que el congresista convocado, haya

utilizado instrumentos para cambiar la destinación de los dineros públicos”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el alcance y la naturaleza de la pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de marzo de 2021. Exp. 15001-23-33-000-2020-01680-01(PI). M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima de Decisión de Pérdida de Investidura. Sentencia del 20 de febrero de 2019. Exp. 11001-03-15-000-2018-03883-00(PI). M.P. María Adriana Marín (E).

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la indebida destinación de recursos públicos como causal de pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 10 de agosto de 2021. Radicado núm.: 11001-03-15-000-2020-04001-01, M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / TRÁFICO DE INFLUENCIAS / TRÁFICO DE INFLUENCIAS POR SERVIDOR PÚBLICO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico 2: *¿El congresista Jairo Alberto Castellanos Serrano incurrió en la causal de pérdida de investidura por tráfico de influencias debidamente comprobado, al conferirle poder especial a un miembro de su Unidad de Trabajo Legislativo dentro de un proceso disciplinario iniciado por la Procuraduría General de la Nación?*

Tesis: “[S]e advierte que de las pruebas que obran en el plenario, no es posible desprender que el senador Castellanos Serrano haya ejercido alguna presión en contra de la Abogada [M.C.R.L.], quien hace parte de su UTL, puesto que de su testimonio, no se observa que la haya presionado anteponiendo su condición de senador para que aceptara el poder que le confirió a efectos de notificarse del auto de apertura de investigación disciplinaria y solicitar la expedición de copias. De otra parte, en lo que tiene que ver con el requisito de que se reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero, dádiva, con el fin de obtener beneficio de un servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o hubiese de conocer, tampoco se acreditó que el senador Jairo Alberto Castellanos Serrano, haya ofrecido alguna dádiva a un miembro de su UTL, (...), con el objeto de que aceptara el poder a ella conferido y gestionara los trámites a los que se ha hecho mención en apartes anteriores y tampoco está dentro de las funciones de las UTL la labor encomendada por el Congresista, por cuanto no se trató de un asunto que ella estuviese conociendo o hubiese debido conocer por las funciones de su cargo. En conclusión, la conducta del congresista no encuadra en los supuestos de hecho del numeral 5º del artículo 183 de la Constitución Política”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 28 de julio de 2023; C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-00\(PI\)](#)

Salvamento parcial de voto del consejero Nicolás Yepes Corrales

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / TRÁFICO DE INFLUENCIAS POR SERVIDOR PÚBLICO / COMPULSA DE COPIAS / SOLICITUD DE COMPULSA DE COPIAS / MINISTERIO PÚBLICO

Problema jurídico 1: *¿En el asunto bajo estudio resultaba procedente la compulsión de copias a la Procuraduría General de la Nación cuándo la solicitud de pérdida de investidura fue negada por no haberse acreditado la configuración de las causales alegadas?*

Tesis 1: “Mi disenso se funda en que, en este caso, la Sala negó la solicitud de pérdida de investidura bajo el argumento de que no se había acreditado ni la indebida destinación de recursos públicos ni el alegado tráfico de influencias, pues las pruebas evidenciaban que realmente no hubo un acto de apoderamiento para que una funcionaria ejerciera la defensa técnica del congresista Castellanos Serrano ni tampoco un aprovechamiento de influencias. Y siendo ello así, estimo que esa misma ausencia de prueba impedía soportar la compulsión de copias a la Procuraduría General de la Nación. Pero, además, a mi juicio, resulta paradójico que esa solicitud fuera elevada justamente por quien tiene la competencia para dar inicio a la actuación disciplinaria, aunque se trate de una dependencia interna distinta, pues es claro que para ejercer las funciones que le son propias dicha entidad no requiere de orden o de disposición de autoridad judicial

alguna”.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / ACCIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / MEDIOS DE PRUEBA / DECLARACIÓN DE PARTE / VALOR PROBATORIO DE LA DECLARACIÓN DE PARTE / VALORACIÓN PROBATORIA DEL TESTIMONIO

Problema jurídico: *¿En el proceso de pérdida de investidura bajo estudio se debió profundizar los temas relacionados con la procedencia de la declaración de parte como un medio de prueba válido y aceptado en el marco de un proceso de esta naturaleza y, el segundo, relativo a la posibilidad de valorar y derivar consecuencias de un testimonio rendido por quien tiene una relación de subordinación con el congresista acusado?*

Tesis: “[E]ncuentro necesario indicar que, aunque compartí la decisión de negar la solicitud de pérdida de investidura, en la ponencia debió ahondarse en el estudio de dos asuntos que, a la postre, resultaron fundamentales para soportar la decisión: el primero, relacionado con la procedencia de la declaración de parte como un medio de prueba válido y aceptado en el marco de un proceso de esta naturaleza y, el segundo, relativo a la posibilidad de valorar y derivar consecuencias del testimonio rendido por la señora [R.L.], pese a la evidente relación de subordinación existente entre ella y el Congresista acusado. Por lo demás, estimo que no resultaba pertinente la referencia a los artículos 67 y 71 del CPACA, en particular, por cuanto el proceso disciplinario tiene normas especiales en materia de notificación previstas en la Ley 1952 de 2019 (antes Ley 734 de 2002), normas de aplicación preferente frente al régimen general contenido en la Ley 1437 de 2011”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecinueve Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 28 de julio de 2023; S.V. Nicolas Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-00\(PI\)](#)

4. No se acreditó el elemento objetivo de la causal de indebida destinación de dineros públicos que sustentó la solicitud de pérdida de investidura de la representante a la cámara Susana Gómez Castaño.

Síntesis del caso: *Demanda de pérdida de investidura en contra de la representante a la cámara Susana Gómez Castaño por presuntamente haber incurrido en la causal de indebida destinación de dineros públicos al haber postulado a una persona que no cumplía con los requisitos de formación académica y experiencia laboral señalados para el cargo de Asesor I de su UTL en el Congreso de la República.*

CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL CONGRESISTA / INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS / UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO DEL CONGRESISTA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO OBJETIVO DE LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA

Problema jurídico: *¿La congresista Susana Gómez Castaño incurrió en la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos por presuntamente haber postulado a una persona que no cumplía con los requisitos de formación académica y experiencia laboral señalados para el cargo de Asesor I de las Unidades de Trabajo Legislativo del Congreso de la República?*

Tesis: “Dicha causal no se encuentra definida en la Constitución o en la ley, por lo que ha sido la jurisprudencia de esta corporación la que ha desarrollado su alcance en diversas decisiones. (...) [L]a Sala Plena Contenciosa ha considerado que la aludida causal de pérdida de investidura se configura objetivamente cuando se acreditan los siguientes tres presupuestos: [i] que el denunciado ostente la condición de congresista y que esté en ejercicio de las funciones propias de su cargo.; [ii] que se trate de dineros públicos. En lo relativo a este supuesto, para efectos del alcance de la causal, hace referencia a aquellos recursos públicos que administra el Estado; y [iii] que aquellos sean indebidamente destinados. Respecto del tercer requisito antes referido, se ha señalado que dicha conducta puede cometerse de forma

directa o indirecta. (...) [C]onsidera la Sala que el requisito académico previsto en el artículo décimo-séptimo de la Resolución No. MD 1095 del 24 de junio de 2010 sí se cumplió, puesto que la exigencia reglamentaria consiste en haber «cursado» dos años de estudios universitarios o tecnológicos, aspecto que se probó con la certificación expedida por la Secretaría de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia -sede Medellín-. El requisito previsto en la mencionada Resolución es alternativo, por cuanto se estructura sobre los verbos “culminar” y “cursar”, siendo el último supuesto el aplicable al caso del señor [G.R.] y que cuenta con prueba suficiente que permite señalar que lo cumplía para el momento en que fue postulado, nombrado y posesionado como Asesor I en la UTL de la congresista denunciada. Frente al requisito de experiencia laboral -mínimo de 1 año-, el razonamiento propuesto por el solicitante, resulta evidentemente conjetural, dado que no aportó elemento alguno de convicción que soportara sus afirmaciones, con las cuales pretende restarle validez y eficacia al certificado que expidió el exsenador Gustavo Bolívar Moreno respecto de la experiencia del señor [G.R.]. (...) En vista de que no se probó el elemento objetivo que lleve a estructurar la indebida destinación de dineros públicos que sustenta la solicitud de pérdida de investidura, la Sala se ve relevada de efectuar el análisis del elemento subjetivo, atinente a la responsabilidad derivada de la actuación dolosa o gravemente culposa que se alega por el solicitante, por lo que se impone denegar las pretensiones formuladas”.

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. William Hernández Gómez.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la indebida destinación de recursos públicos como causal de pérdida de investidura, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de agosto de 2021, radicación 11001-03-15-000-2020-04001-01, M.P. Gabriel Valbuena Hernández; Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 19, sentencia de 18 de julio de 2023, radicación: 11001-03-15-000-2023-01705-00. M.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez.; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de marzo de 2017, radicación No. 11001-03-15-000-2015-00111-00 [PI], M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 24 de febrero de 2004, radicación No. 11001-03-15-000-2003-1149-01 [PI], M.P. Alier Hernández Enríquez.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veinticinco Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia del 29 de agosto de 2023; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-15-000-2023-01427-00\(PI\).](#)

5. Para la configuración de la causal de revisión del numeral primero del artículo 250 del C.P.A.C.A. se requiere que la prueba cuya valoración se echa de menos corresponda a una prueba documental encontrada o recobrada después de dictada la sentencia objeto de revisión, que no haya podido ser aportada al proceso por fuerza mayor u obra de la parte contraria, y que esta hubiese tenido un carácter decisivo al momento de resolver.

Síntesis del caso: *En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, se solicitó infirmar la sentencia del 4 de octubre de 2018, mediante la cual la Sección Primera del Consejo de Estado revocó la sentencia apelada y, en su lugar, decretó la pérdida de investidura del señor José Alfredo Pérez Ramírez como concejal del municipio de Puerto Rondón (Arauca).*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA SENTENCIA DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / CAUSAL DE REVISIÓN POR DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / REQUISITOS DEL DOCUMENTO DECISIVO RECOBRADO

CON POSTERIORIDAD A LA SENTENCIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 1: *¿En la sentencia proferida el 4 de octubre de 2018 por la Sección Primera del Consejo de Estado dentro de un proceso de pérdida de investidura, se incurrió en la causal de revisión prevista en el numeral 1 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concreto: si se encontró o recobró, después de dictada la sentencia, un documento decisivo, con el cual se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlo al proceso por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria?*

Tesis 1: “[L]a estructuración de esta causal de revisión exige de la confluencia de los siguientes requisitos: La prueba debe ser documental. La norma es clara al referirse expresamente a “documentos decisivos”, razón por la cual se excluyen otros elementos probatorios como los testimonios, las inspecciones judiciales, los dictámenes periciales, y los informes técnicos, entre otros. Todo, porque al “tratarse de un recurso extraordinario la interpretación debe hacerse con un criterio restrictivo”. • La prueba documental debe ser recobrada después de dictada la sentencia objeto de revisión. En esa medida, el elemento debió existir al tiempo de dictarse la sentencia, pero no pudo conocerse y valorarse por el operador judicial porque estaba refundido o extraviado, y solo con posterioridad a esa decisión de fondo llegó al poder del recurrente. De ahí, entonces, que no resulten admisibles (i) documentos fechados con posterioridad al fallo correspondiente, ni (ii) aquellos que siendo anteriores a la sentencia pudieron ser solicitados o aportados en las oportunidades procesales fijadas para el efecto, pues el mecanismo extraordinario no es una herramienta para subsanar el error, la negligencia, la culpa o la desidia de la parte respecto de la carga probatoria que le asistía. (...) ✕ La prueba documental no pudo ser aportada al proceso por fuerza mayor, u obra de la parte contraria, circunstancia cuya acreditación corresponde al recurrente. No es cualquier causa la que habilita la presentación de la prueba documental, de suerte que “no basta con una dificultad por grave que pueda parecer, por cuanto la ley exige una verdadera ‘imposibilidad’ apreciada objetivamente...”, a más de que, por obvias razones, tampoco resulta válido argumentar el olvido, la incuria o el abandono de la parte que habría sido beneficiaria de la prueba documental. • La prueba documental debe tener un carácter decisivo. Debe tratarse de elementos de convicción con una entidad tal que, de haber sido valorados por el operador judicial, hubieren dado lugar a la adopción de una decisión diferente a aquella que se adoptó. No es, entonces, cualquier prueba, sino una con capacidad, entidad o envergadura para influir en el sentido de la decisión. (...) [L]a Sala Especial de Decisión estima que no se configura la causal de revisión invocada en la demanda, porque no se demostró la fuerza mayor o la obra de la parte contraria que imposibilitó la presentación oportuna de la prueba documental en el proceso de pérdida de investidura. En efecto, la certificación del Notario de la Notaría Única de Puerto Rondón (Arauca), que se aduce como recobrada, data del 1° de agosto de 2018, esto es, de una fecha anterior a la de expedición de la sentencia cuestionada -que lo fue el 4 de octubre del mismo año-; sin embargo, en el presente proceso nada se dijo respecto de las razones por las cuales dicho elemento no se aportó oportunamente en el proceso de pérdida de investidura con el fin de que fuera evaluado en dicha instancia judicial. Nada se dijo al respecto ni en la demanda inicialmente presentada, ni en su reforma, ni en aquella presentada para subsanar los defectos advertidos por el magistrado sustanciador en auto del 17 de octubre de 2020, por el que admitió una reforma e inadmitió la demanda. (...) [L]os argumentos esbozados por el recurrente se orientaron a demostrar la no configuración de la causal de pérdida de investidura (al cuestionar la conclusión acerca de la celebración de los acuerdos negociales dentro del periodo inhabilitante), y no a demostrar, se repite, la razón que impidió la presentación oportuna de la prueba documental en el proceso de pérdida de investidura. Esa conclusión se refuerza al considerar que la certificación aportada no contiene motivación alguna respecto de las razones constitutivas de fuerza mayor u obra de la parte contraria que impidieron aportar el elemento en el proceso de pérdida de investidura. (...) De ahí, pues, se repite, no se demostró la fuerza mayor o la obra de la parte contraria que imposibilitó allegar en forma oportuna la certificación del 1° de agosto de 2018, expedida por el Notario de la Notaría Única de Puerto Rondón (Arauca), al proceso de pérdida de investidura; cuestión que, además, hace innecesario examinar el carácter decisivo o determinante de dicha prueba, ya que la causal de revisión no se configura si no se presenta la totalidad de los requisitos enunciados en el numeral 4 de la parte considerativa de la presente providencia”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de documento recobrado y sus requisitos para ser alegado como causal de revisión, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de mayo de 2012, radicación 01820, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 1° de diciembre de 1997, Rad. Rev-117 y 12 de julio de 2005, Rad. 2000-00236 (rev), Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 18 de octubre de 2005, Rad. 1998-00173(REV), Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 20 de abril de 1998, Rad. REV-110, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.P.: María Adriana Marín, sentencia del 8 de noviembre

de 2021, radicado Nro.: 76111-33-31-701-2010-00201-01(51617).

COSTAS PROCESALES / CONDENA EN COSTAS / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / EXONERACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

Problema jurídico 2: *¿Resulta procedente que la Sala se abstenga de condenar en costas y agencias en derecho en el recurso extraordinario de revisión bajo estudio toda vez que la parte demandada no se presentó al proceso?*

Tesis 2: “En el asunto de la referencia no intervino el señor [L.A.A.G.], solicitante en el proceso de pérdida de investidura cuya sentencia se pretende infirmar, razón por la que no hay lugar a la imposición de condena en costas a la parte actora”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Trece Especial de Decisión; sentencia del 2 de agosto de 2023; C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-15-000-2019-04367-00\(REV-PI\).](#)

SECCIÓN PRIMERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Es nulo por violación de normas superiores el acto administrativo que autorizó la importación de semillas transgénicas con la tecnología Yieldgard, si para su expedición no se celebraron consultas con el público y no se divulgaron la totalidad de las decisiones adoptadas en transcurso de dicho procedimiento.

Síntesis del caso: *Grupo Semillas, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda para que se decrete la nulidad de la Resolución No. 465 del 26 de febrero de 2007, “por la cual se autorizan siembras de maíz con la tecnología Yielgard ® (MON 810)”, expedida por el ICA., por infringir el artículo 23 numeral 2 de la Ley 740 de 2002, que ratifica el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, y los artículos 1, 2 y 29 de la Carta Política.*

INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO / ACTO ADMINISTRATIVO / IMPORTACIÓN DE SEMILLAS TRANSGÉNICAS CON LA TECNOLOGÍA YIELDGARD / PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLOGÍA DEL CONVENIO SOBRE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / PARTICIPACIÓN CIUDADANA / CONSULTA PREVIA / DIVULGACIÓN DE INFORMACIÓN / DAÑO AMBIENTAL / DAÑO A LA SALUD / MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MATERIA AMBIENTAL / PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA / DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA / DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS / LEY 740 DE 2002 / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico: *Establecer si es nulo por violación de normas superiores, el acto administrativo que autorizó la importación de semillas transgénicas con la tecnología Yieldgard, teniendo en cuenta que el demandante alega que, para su expedición, no se celebraron consultas con el público y no se divulgaron la totalidad de las decisiones adoptadas en transcurso de dicho procedimiento, cuando, según lo estima la accionante, ello era necesario de conformidad con el orden jurídico legal.*

Tesis: [P]ara responder al problema que planteó la accionante en el asunto de la referencia, lo que constata la Sala es que, para el momento de expedición de la decisión enjuiciada (26 de febrero de 2007), sí existía el deber de promover en el procedimiento correspondiente la participación de la ciudadanía y la divulgación de las decisiones respectivas, pues los mandatos así dispuestos en la Ley 740 de 2002 (del 24 de mayo de 2002) eran claros en esa determinación y se encontraban vigentes. En tal orden, era deber del ICA imprimir en el trámite que provocó Coacol las disposiciones de la Ley 740 de 2002 y con ellas propiciar las etapas antes precisadas. [...] Queda por establecer si, como lo afirma el ICA, al impulsar el procedimiento administrativo de autorización de la semilla Yielgard a Coacol, observó los lineamientos legales de la Ley 740 de 2002 en lo que hace a las etapas de divulgación y participación tantas veces referidas; o, lo que es lo mismo, si materialmente las aplicó. Respecto del primer aspecto, esto es, el concerniente a la divulgación, debe destacarse que su alcance no es otro que proporcionar información completa y accesible a los interesados en los procesos importación y manipulación de OMVs debido a las implicaciones que esa tecnología puede tener en el contexto ambiental y de la salud humana y animal. [...] En suma, la garantía en el acceso a la información en trámites de los OMVs, en los términos definidos en el numeral 2º del artículo 23 de la Ley 740 de 2002, permite que: (i) los ciudadanos adopten posturas informadas y responsables sobre la materia objeto de controversia, (ii) se promueva la participación ciudadana, (iii) se favorezca la transparencia en esos trámites, lo que repercute en el aumento de la confianza y credibilidad a las instituciones del Estado, y (iv) se facilite el ejercicio de veeduría respecto al cumplimiento de las decisiones adoptadas en esa clase de trámites [...] [E]l ICA incumplió lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 23 de la Ley 740 de 2002, puesto que divulgó apenas un resumen de la solicitud y no hizo lo propio en relación con la totalidad de las decisiones adoptadas en dicho trámite. Ahora, tampoco justificó la motivación de tal omisión, circunstancia que repercutió en que la población en general no pudiera enterarse del procedimiento adelantado para la importación de las semillas Yieldgard al país y, por ende, no pudiera formarse una opinión fundamentada sobre los riesgos que supone esa tecnología o las ventajas que pudiera arrojar. Por otro lado, respecto al segundo de los fines de la aludida norma legal, esto es, el concerniente a la participación ciudadana, [...] es claro que el ICA no atendió el requisito

dispuesto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 740 de 2002, para la emisión de la Resolución No. 00465 del 26 de febrero de 2007, de modo que es menester declarar la ilegalidad de dicha decisión. En efecto, es apenas obvio que este segundo requerimiento de orden constitucional y legal no se hubiera agotado pues no hubo divulgación previa de información sobre la petición y las etapas agotadas sucesivamente en el trámite adelantado por el ICA, por lo que, si no existía el ingrediente para deliberar, era evidente que no hubiese promoción para el debate y participación requeridos. Bajo tales consideraciones, la Sala estima que la falta de consulta con el público y la no divulgación de las decisiones adoptadas en el procedimiento para autorizar la importación, siembra y comercialización de semillas transgénicas, para el caso de la semilla Yieldgard, constituye un claro desconocimiento de lo previsto en las citadas disposiciones normativas en detrimento de los principios constitucionales de participación ciudadana y de transparencia en la gestión pública. En tal orden, y encontrándose la prosperidad del primer cargo en contra de la decisión censurada, la Sala se abstendrá de resolver los demás puntos en controversia, pues, al encontrarse acreditada la vulneración del numeral 2 del artículo 23 de la Ley 740 de 2002, resulta innecesario abordar los demás cargos, relacionados con la falsa motivación de la decisión enjuiciada.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 31 de julio de 2023; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2007-00273-00.](#)

2. Se decreta la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los numerales 5.1.2 y 6.5.1 del Capítulo VI, Título II de la Circular Básica Jurídica, modificados por la Circular Externa No. 20224400083742 de 17 de marzo de 2022, expedidas por la Superintendencia de la Economía Solidaria

Síntesis del caso: *La Confederación de Cooperativas de Colombia – CONFECOOP presentó demanda cuestionando los numerales 5.1.2 y 6.5.1 del Capítulo VI, Título II de la Circular Básica Jurídica, modificados por la Circular Externa No. 20224400083742 de 17 de marzo de 2022, actos administrativos expedidos por la Superintendencia de la Economía Solidaria, y solicitó la suspensión provisional, con fundamento en que vulneran los artículos 5817 y 33318 de la Constitución Política; los artículos 2º, 4º, y 5º (numeral 3º) de la Ley 79 de 198819; los artículos 3º (parágrafo) 4º (numerales 3 y 8), 7º (parágrafo) y 53 de la Ley 454 de 1998, y el parágrafo del artículo 2.11.11.4.2 del Decreto 962 de 2018.*

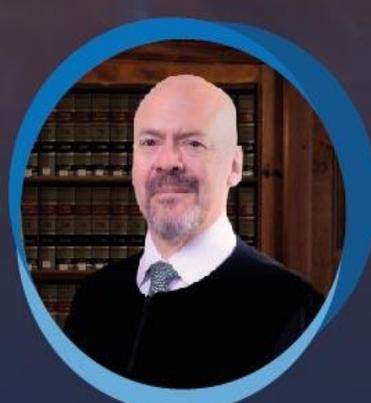
MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA / CIRCULAR EXTERNA / ELECCIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE LA COOPERATIVA / COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO / NORMATIVA DE LA COOPERATIVA / AUTONOMÍA DE LA COOPERATIVA / ESTATUTO DE LA COOPERATIVA / FUNCIONES DEL CONSEJO DE DIRECTORES DE LA COOPERATIVA / MIEMBROS DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA COOPERATIVA / INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA / FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA / FUNCIÓN DE VIGILANCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE LA ECONOMÍA SOLIDARIA / FALTA DE COMPETENCIA / REQUISITOS PARA EL DECRETO DE MEDIDA CAUTELAR / NORMA SUPERIOR / CONFRONTACIÓN DE NORMA JURÍDICA ACUSADA / VULNERACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO / PROCEDENCIA DE SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / AUTO QUE DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: *¿Establecer si es procedente decretar la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los numerales 5.1.2 y 6.5.1 del Capítulo VI, Título II de la Circular Básica Jurídica, modificados por la Circular Externa No. 20224400083742 de 17 de marzo de 2022, expedidas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, con fundamento en que esos actos administrativos vulneran los artículos 58 y 333 de la Constitución Política; los artículos 2, 4, y 5 (numeral 3) de la Ley 79 de 1988; los artículos 3 (parágrafo), 4 (numerales 3 y 8), 7 (parágrafo) y 53 de la Ley 454 de 1998, y el parágrafo 3 del artículo 2.11.11.4.2 del Decreto 962 de 2018, por falta de competencia?*

Tesis: La parte actora, como sustento para decretar el decreto de la medida de suspensión provisional de las precitadas normas, argumenta que la Supersolidaria carece de competencia para establecer los requisitos para la elección de consejeros de administración y de gerentes de las cooperativas de ahorro y crédito, ya que la atribución de dichas funciones es un asunto de reserva legal, y su ejercicio fue conferido -por la Constitución y la ley- directamente a las entidades del sector solidario, las cuales deben establecerlos en sus respectivos estatutos. Afirma que los principios de autonomía y autogestión de las organizaciones de la economía solidaria están consagrados en los artículos 3º y 4º de la Ley 79 de 1988, y resalta que el párrafo del artículo 7º de la Ley 454 del 1998 es claro en señalar que para salvaguardar el principio de autogestión, dichas organizaciones, en sus estatutos «[...] establecerán rigurosos requisitos para el acceso a los órganos de administración y vigilancia, tomando en cuenta los criterios anteriormente anotados [...]». Agrega que, en demostración de ello, el párrafo 3º del artículo 2.11.11.4.2 del Decreto 962 de 2018, dispone que dichas organizaciones, conforme con los principios de la autonomía y autogestión, «[...] fijarán el nivel de los requisitos previstos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, considerando sus características y la complejidad de sus operaciones [...]». Resalta que no discute los requisitos que deban cumplir quienes aspiren a ocupar dichos cargos, sino que: «[...] sea la Supersolidaria la que los establece, dado que la ley dispone que esos requisitos y calidades deben ser definidos por las mismas organizaciones e incorporados en sus estatutos como regla de gobierno [...]». Por su parte, la Supersolidaria se opone a la solicitud de suspensión elevada por la demandante, con sustento en que las normas acusadas fueron expedidas en ejercicio de las funciones de vigilancia y control otorgadas por la ley, en especial, con sustento en el numeral 22 del artículo 36 de la Ley 454 de 1998 [...]. [D]e la lectura atenta del citado numeral 22 del artículo 36 de la Ley 454, se puede concluir que la Supersolidaria tiene facultades para instruir a sus vigiladas sobre el cumplimiento de las normas que rigen su actividad, fijando para tal efecto criterios técnicos y jurídicos, así como los procedimientos para su aplicación; sin embargo, de tales atribuciones no puede deducirse que dicha autoridad administrativa cuente con facultades para establecer los requisitos que deben exigir las organizaciones de economía solidaria a quienes aspiren a integrar sus cuerpos directivos. En tal sentido es importante poner de relieve que el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 79 de 1988 es claro en señalar que el Estado debe garantizar el desarrollo del cooperativismo, ejerciendo protección y vigilancia; sin embargo, tales atribuciones no pueden desconocer «[...] la autonomía de las organizaciones cooperativas [...]». Para el Despacho, asiste razón a la parte actora cuando señala que los requisitos para el acceso a los órganos de administración y vigilancia es un asunto de reserva legal que de hecho fue regulado por la Ley 454 de 1998, cuyo artículo 7º, párrafo, dispone que las organizaciones del sector solidario, en sus estatutos y en virtud de su autonomía, son las llamadas a establecer tales requisitos y para ello tendrán en cuenta: la capacidad, las aptitudes personales, el conocimiento del sector, la integridad ética y la destreza de quienes aspiren a ejercer la representación de dichas asociaciones. Nótese, en tal sentido, que el párrafo 3º del artículo 2.11.11.4.2 del Decreto 962 de 2018, es claro en señalar que las organizaciones de la economía solidaria «fijarán el nivel de los requisitos», para la postulación de los candidatos que quieran ser elegidos como miembros del consejo de administración o junta directiva de tales entidades cooperativas, teniendo en cuenta sus características y complejidad de sus operaciones. Para contar con una mayor claridad en relación con el conflicto que nos ocupa y con la procedencia, o no, de la solicitud que se deprecia, resulta pertinente la confrontación del acto administrativo acusado con las disposiciones consideradas como violadas [...]. De las normas citadas [...], claramente aparece que la Ley 454 de 1998 confiere directas y explícitas competencias a las organizaciones cooperativas para que establezcan “rigurosos requisitos para el acceso a los órganos de administración y vigilancia”. De otro lado el Decreto 962 de 2018, que valga aclarar, no ha sido demandado en este proceso, señaló los requisitos mínimos que deben tener los aspirantes a los cuerpos de dirección antes señalados; en efecto, se reitera que el párrafo 3º del artículo 2.11.11.4.2 del mismo, le otorga la facultad a dichas organizaciones de la economía solidaria para que establezcan tales requisitos, teniendo en cuenta sus características y complejidad de sus operaciones. Sin embargo, de manera opuesta a lo anteriormente expuesto, la circular externa demandada establece requisitos mínimos para la postulación a los cargos de dirección de las entidades cooperativas, sin tener en cuenta las normas antes señaladas y haciendo caso omiso de la heterogeneidad de dichas corporaciones contenida en el artículo 53 de la Ley 454, precepto que señala que «las normas de intervención y regulación que adopte el Gobierno Nacional en desarrollo de sus facultades legales, deberán tener en cuenta la naturaleza especial de esa clase de entidades con el fin de facilitar la aplicación de los principios cooperativos». Significa lo anterior que no resulta procedente homogeneizar -como lo hacen las normas demandadas- los requisitos que deben cumplir quienes aspiren a ser elegidos como directivos de tales organizaciones solidarias, ya que los estatutos o reglamentos de una organización cooperativa de ahorro y crédito, de maestros, médicos, campesinos o de cualquier industria, difieren por sus objetivos, características y operaciones, y todo ello impide una estandarización de tales requisitos. Sumado a lo anterior, el Despacho considera que la regulación contenida en el acto acusado constituye una evidente intromisión en los principios de autogobierno y autogestión propios de dichas organizaciones. Corolario de todo lo expuesto, es que deberá decretarse la suspensión provisional de los actos acusados, por cuanto, prima facie, se advierte la vulneración de las normas superiores invocadas como vulneradas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 31 de julio de 2023; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 11001-0324-000-2022-00299-00.](#)

SECCIÓN SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Aplicación del bloque de constitucionalidad por el juez administrativo en el proceso disciplinario a miembros del Ejército Nacional, por violación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario por causar la muerte a integrante de grupo al margen de la ley en falso enfrentamiento.

Síntesis del caso: Un oficial y varios soldados del Ejército Nacional en desarrollo de una operación de combate militar tipo ofensivo ocasionaron la muerte de un miembro de un grupo al margen de la ley, situación frente a lo cual argumentaron legítima defensa, según el informe de operaciones rendido. La Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos sancionó a todos los disciplinados con destitución de cargo e inhabilitación para el desempeño de cargos públicos, por no acreditar la supuesta legítima defensa, al no estar probado que el occiso hubiese iniciado un ataque contra la tropa que hiciera indispensable el uso de las armas para causarle la muerte.

PROCESO DISCIPLINARIO / RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA FUERZA PÚBLICA / VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS IMPUTABLE A LA FUERZA PÚBLICA / VIOLACIÓN A LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHO HUMANOS / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / MIEMBROS DE GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / VIOLACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / JUEZ ADMINISTRATIVO / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / FUERZA VINCULANTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONAL / APLICACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA/ PRUEBA EN EL PROCESO DISCIPLINARIO / LEGITIMA DEFENSA / MIEMBROS DE GRUPO AL MARGEN DE LA LEY.

Problema jurídico: ¿La autoridad disciplinante vulneró el debido proceso, expidió los actos administrativos con falsa motivación, hizo una interpretación errónea de las normas en que debieron fundarse, hubo una indebida valoración probatoria y con desconocimiento de los argumentos expuestos por los implicados en el proceso disciplinario?

Tesis “[...] El debido proceso es una garantía constitucional fundamental que tiene por objeto que las actuaciones administrativas y judiciales estén ajustadas a las normas propias de cada proceso -artículo 29 de la Constitución Política-, prerrogativa aplicable al derecho disciplinario en general, como lo señala el artículo 6 de la Ley 734 de 2002, así mismo, aplica en los regímenes disciplinarios especiales, como el de las Fuerzas Militares -artículo 4 de la Ley 836 de 2003-. El artículo 217 de la Constitución dispone que las Fuerzas Militares tendrán un régimen especial disciplinario, sin embargo, ello no excluye la aplicación simultánea del régimen disciplinario general aplicable a todos los servidores públicos, es por ello que para el caso de los miembros de la Fuerza Pública los regímenes disciplinarios especial y general coexisten, es decir, se encuentran sujetos simultáneamente a los dos estatutos disciplinarios. (...) Tratándose de situaciones en las que se encuentra comprometida la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, por afectación de miembros de la población civil inmersa en el conflicto armado, por violación de los derechos de los combatientes, o de un sujeto de especial protección por su discapacidad o identidad-situación social, la aplicación de las reglas normativas procesales -hoy Código General del Proceso- «debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección» de los mencionados ámbitos, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como garantía convencional y constitucional, para lo que el juez contencioso-administrativo obra como juez de convencionalidad, sin que sea ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalan que en la valoración de las pruebas trasladadas se infunde como presupuesto sustancial la convencionalidad, de manera que en eventos, casos o hechos en los que se discuta la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se emplee como principio básico la llamada prueba racional o de la sana crítica, encontrándose obligado el tribunal a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria. Aunado a lo anterior, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el juez debe orientarse por el principio de

la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y desplegar un papel activo. Tratándose de situaciones en las que se encuentra comprometida la violación de derechos humanos o del derecho internacional humanitario, por afectación de miembros de la población civil inmersa en el conflicto armado, por violación de los derechos de los combatientes, o de un sujeto de especial protección por su discapacidad o identidad-situación social, la aplicación de las reglas normativas procesales -hoy Código General del Proceso- «debe hacerse conforme con los estándares convencionales de protección» de los mencionados ámbitos, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como garantía convencional y constitucional, para lo que el juez contencioso-administrativo obra como juez de convencionalidad, sin que sea ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos. La Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalan que en la valoración de las pruebas trasladadas se infunde como presupuesto sustancial la convencionalidad, de manera que en eventos, casos o hechos en los que se discuta la violación de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario se emplee como principio básico la llamada prueba racional o de la sana crítica, encontrándose obligado el tribunal a fundamentar cuidadosamente los criterios en que se apoya para pronunciarse sobre la veracidad de los hechos señalados por una de las partes y que no fueron desvirtuados por la parte contraria. Aunado a lo anterior, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que el juez debe orientarse por el principio de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios que obren en los procesos, y desplegar un papel activo.(...) Con base en los anteriores criterios, la Sala dará valor a los medios probatorios trasladados desde el proceso penal ordinario, especialmente aquellos que establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que falleció (...), ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la vulneración de derechos humanos y la violación del derecho internacional humanitario que se reprochó, con prevalencia de lo sustancial sobre el excesivo rigorismo procesal. De otra parte, las versiones libres e indagatorias rendidas trasladadas inicialmente al presente proceso, la Sala de Subsección, como juez de convencionalidad y sustentado en los artículos 1.1, 2, 8.1, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 29 y 229 de la Carta Política, las contrastará con los demás medios probatorios para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan. (...). Frente a este punto, la Sala observa que el bloque de constitucionalidad hace parte del sistema normativo nacional e incide en el derecho disciplinario en virtud del artículo 21 de la Ley 734 de 2002, en ese sentido, es completamente válido adecuar las faltas disciplinarias que cometan los servidores públicos con las normas que integran el DIH. Aunado a lo anterior, no solo ante la presencia de un vacío jurídico se debe acudir a las normas de derecho internacional, sino que es obligatorio su observancia puesto que se asume su prevalencia y primacía incluso frente a las normas internas -sentencia C-067 de 2003-. En el caso bajo examen, la falta disciplinaria endilgada a los investigados es la prevista en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consiste en «Incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario», disposición normativa concordante con el numeral 34 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, las cuales constituyen una falta de tipo en blanco que para ser comprendidas y complementadas en su sentido se debe remitir a las normas del DIH, tal y como lo hiciera el operador durante el trámite administrativo, al remitirse al artículo 3 numeral 1 literal a) del Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949.(...) En consideración a la situación fáctica presentada, en el auto de cargos del 13 de agosto de 2009 se organizó la falta disciplinaria de tipo en blanco con las normas del DIH referidas. (...). En cuanto a la legítima defensa, se tiene que esta figura se traduce en «el ejercicio de la violencia para tutelar o proteger un bien jurídicamente atacado injustamente», figura esta que debe cumplir determinados requisitos para que se constituya como eximente de responsabilidad penal o disciplinaria. En primer término debe existir una agresión, entendida como el acto de acometerla en alguien para causarle un daño sin justificación, en su vida e integridad, la cual debe ser actual o inminente, entendida como actual, cuando ya ha comenzado y no ha concluido aún; e inminente en la que aún no ha comenzado pero se infiere que se puede generar un daño inmediato para la persona; otra exigencia es que la agresión se produzca contra un derecho propio o ajeno, que se encuentra en grave daño ante el riesgo que se padece por estar en condiciones de inferioridad; en tercer lugar, es indispensable que exista la necesidad de la defensa por parte del agredido, es la necesidad de defensa por parte del agredido, es la necesidad e imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, es la inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro o a la amenaza; La cuarta exigencia es que exista ánimo de defensa, esto es la intención de quien se defiende, de repeler legítimamente el ataque y no de utilizar una determinada circunstancia para ejecutar propósitos criminales.(...) El empleo de fuerza letal en ciertas circunstancias por parte de las Fuerzas Militares como lo indica la providencia referida[Rad. 050012331000200405258 01 (45030).] no puede ser automática, sino que debe responder a principios de necesidad y proporcionalidad, y debe procurarse evitar su utilización si se puede maniobrar sin que combatientes al margen de la ley sufran lesiones o hasta la muerte misma, es decir, que se trata del último recurso al que deben recurrir como garantes de los derechos fundamentales y del DIH. Aunado a lo anterior, se hace necesario hacer mención al principio de distinción que ha desarrollado el DIH como fundamental, y que tiene por objeto según la Corte Internacional de Justicia «la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia

nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de diferenciar entre objetivos civiles y militares». No obstante, la protección fijada por el principio de distinción también se predica de la categoría de «no combatientes» que son personas que, habiendo participado en las hostilidades, han sido puestas fuera del combate por diversas situaciones -sentencia C-291 de 2007- 41 (...). De conformidad con lo anterior, si bien el DIH se aplica a situaciones de conflicto armado, y el DIDH se aplica para proteger a toda persona en época de guerra o paz, la finalidad de ambos instrumentos supranacionales radica en proteger a las personas, y no se excluyen entre sí -aplicable al derecho disciplinario en virtud del artículo 21 del CDU, como se dijo anteriormente-. En consecuencia, el DIH y el DIDH actúan de manera mancomunada, pues al primero le compete establecer el trato adecuado que deben brindar las instituciones del Estado, como los grupos insurgentes al margen de la ley, a las personas que no hacen parte del conflicto armado, o que no participan de las hostilidades, y al segundo le incumbe impedir la arbitrariedad limitando el dominio del Estado sobre los demás individuos (...). En razón de lo anterior, se aplicó el DIH en el presente caso, ya que, es notorio el conflicto armado interno que padece Colombia durante largos años, de grupos insurgentes como el ELN o las FARC, entre otros, que han sido actores del conflicto armado. (...) Para la Sala, el argumento referido a que el occiso perteneciera al grupo armado insurgente -ELN- no tiene discusión, y ello no era determinante para que este fuera catalogado como una persona protegida bajo el amparo del DIH, pues de lo que se trata de establecer es si (...) participó en las hostilidades propias del combate cuando se presentaron los hechos. (...). De conformidad con lo anterior, la Sala observa que con el material probatorio obrante en el plenario se logró establecer que el 25 de mayo de 2006, -fecha en que se presentaron los hechos- (...) ostentaba la calidad de persona protegida por el DIH, toda vez que no se encontraba participando ni desarrollando hostilidades propias del combate, tal y como se desprende de las declaraciones de (...) -madre del occiso-, (...) -compañera sentimental del fallecido- y (...) -vecino del fallecido-, quienes coincidieron en señalar que los ex militares demandantes lo abordaron a la entrada de la finca «El Espejo», de propiedad de (...) -padre del fallecido-, vereda Chaguaza, jurisdicción de Labranzagrande, Boyacá; en ese sentido, afirmaron que dicha mañana (...) llegó en una yegua hasta dicha finca en compañía de (...), siendo abordado por los uniformados, quienes lo retuvieron y ordenaron al segundo que se devolviera por donde venía, trayecto durante el cual se encontró con (...) -compañera sentimental del occiso-. (...) fue llevado por los militares a un sitio no muy distante de la casa de sus padres, y luego escucharon varios disparos, acto seguido los militares impidieron el paso de los familiares, situación que se extendió hasta las 2:30 de la tarde cuando llegó un helicóptero a recoger el cadáver para llevarlo hasta la Brigada en Yopal, Casanare. Es importante resaltar que la prueba testimonial de los familiares, por el simple hecho de tener un vínculo filial, no puede dejarse de valorar, bien podría apreciarse esta de manera integral con las demás que fueron allegadas al plenario (como las declaraciones de los familiares del occiso ante la Personería del municipio de Labranzagrande) y que resultan concordantes y coherentes al señalarse la forma en que fue retenido (...) y que dan cuenta que minutos después se escucharon unos disparos con los que le cegaron la vida, más no como producto de un combate, como fue presentado e informado por los miembros del Ejército Nacional encartados, con lo que se evidenció que se trató de un «falso enfrentamiento» que pretendieron alegar, con el fin de justificar su irregular actuación. En ese sentido, se pudo determinar sin lugar a dudas, que los inculpados incurrieron en la falta disciplinaria del numeral 7 artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que resulta aplicable por remisión expresa del artículo 58 numeral 34 de la Ley 836 de 2003 -norma especial (...). Así mismo, se les cuestionó que según la necropsia que se le practicó al fallecido se reportó «heridas en los miembros inferiores causadas por artefacto explosivo», aspecto que no fue mencionado por los sancionados en su declaración, pues es ilógico que si el artefacto pertenecía al occiso este lo activara, o si fue lanzado por la tropa militar se produjera un uso desmedido de las armas o en últimas tanto el arma de fuego encontrada como los explosivos fueran implantados en la escena para recrear un ataque. En este punto, la Sala resalta que la parte demandante no logró desvirtuar lo evidenciado por la Procuraduría General de la Nación en el sentido que los disciplinados no avisaron a las autoridades judiciales del municipio de Labranzagrande, para efectos del levantamiento del cadáver, así como tampoco lo embalaron, ni lo transportaron, junto con las demás evidencias que se pudieran recaudar, en las condiciones apropiadas para garantizar un resultado fiable, pues, ellos mismos manipularon el cuerpo sin realizar registro fotográfica de la escena. También merece relievase, como lo hizo la Procuraduría General de la Nación, que en lo que tiene que ver con la supuesta pistola Smith & Wesson, que según los informes rendidos por los disciplinados fue encontrada junto al cadáver, dicha arma no fue embalada adecuadamente, sino fue manipulada por los disciplinados antes de ser entregada a los expertos forenses. Corolario de lo anterior, la Sala observa que la interpretación normativa que llevó a cabo el operador disciplinario se acompasa con las normas del ordenamiento interno y con las normas previstas en el DIH, en razón a que, dada la gravedad de la falta cometida por los ex militares, merecía ser estudiada a la luz de los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, al tratarse de la vulneración de derechos humanos protegidos de una persona que no se hallaba en combate (...) la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto negó las pretensiones de la demandada, y por ende, conservó la presunción de legalidad de los actos administrativos sancionatorios, porque (i) la falta disciplinaria endilgada a los disciplinados es la prevista en el numeral 7 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consistente en «incurrir en graves violaciones al derecho internacional humanitario», lo cual es concordante con el numeral 34 del artículo 58 de la Ley 836

de 2003 -tipos en blanco-, los cuales para ser comprendidos y complementados en su sentido debe recurrirse a las normas del DIH, razón por la cual el disciplinante enmarcó la conducta desplegada en el artículo 3 numeral 1 literal a) del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, así mismo, se relacionó el artículo 4 numeral 2 literal a) del Protocolo II de 1977, que adicionó al Convenio de Ginebra; (ii) porque la autoridad disciplinaria negó las pruebas solicitadas en el proceso disciplinarios debido a que no eran pertinentes, conducentes ni útiles; (iii) porque no era una obligación para la autoridad disciplinaria decretar todas las pruebas que se le solicitaran, y no por ello se vulnera el debido proceso, ni el derecho de defensa, y (iv) las pruebas enunciadas no tenían la potencialidad de cambiar el sentido de la decisión impugnada [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 13 de abril de 2023, C.P. Juan Enrique Bedoya Escobar, radicación: 15001-1001-23-33-000-2015-00336-01\(1286-2021\)](#)

2. Los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las convenciones colectivas son los trabajadores oficiales. No obstante, se debe determinar si las cláusulas convencionales que mejoran las condiciones salariales y prestacionales de dichos trabajadores se siguen aplicando aun cuando cambie su condición y pasen a ser empleados públicos.

Síntesis del caso: *El actor demandó de la UGPP, el reconocimiento de pensión de la jubilación convencional, de conformidad con el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto ISS y el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL, desde el momento en que adquirió los requisitos para ello, esto es, el 12 de enero de 2011, con el consecuente pago retroactivo pensional y hasta el momento en que se haga efectivo el desembolso, así como los intereses moratorios correspondientes previstos en las Leyes 10 de 1972 y 100 de 1993 y la indexación de las sumas resultantes de conformidad al índice de precios al consumidor.*

BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL. IMPROCEDENCIA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL PARA EMPLEADO PÚBLICO. INEXISTENCIA DE DERECHO ADQUIRIDO.

Problema jurídico: *¿El demandante en su calidad de ex empleado del Instituto de Seguros Sociales tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva suscrita por dicha entidad con su sindicato de trabajadores para la vigencia 2001-2004?*

Tesis: «[...] los únicos servidores públicos que pueden ser beneficiarios de las disposiciones de las convenciones colectivas son los trabajadores oficiales. No obstante, se debe determinar si las cláusulas convencionales que mejoran las condiciones salariales y prestacionales de dichos trabajadores se siguen aplicando aun cuando cambie su condición y pasen a ser empleados públicos. La Sala precisa que si bien el artículo 55 de la Constitución Política garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, dicha prerrogativa admite excepciones legales como la misma norma lo prevé. [...] los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, y si bien es cierto no se les puede vulnerar su prerrogativa a buscar medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan no puede quebrantar la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente concretas de fijar, de forma unilateral, sus condiciones laborales. En esas condiciones, se hace necesario analizar los efectos que la escisión del ISS ocasionó en las prerrogativas de la convención colectiva vigentes hasta ese momento para sus trabajadores, cuya vinculación se transformó de trabajadores oficiales a empleados públicos. Para la Subsección, aquellos servidores que pasaron de ser trabajadores oficiales a empleados públicos, como consecuencia de la escisión del ISS y la creación de las Empresas Sociales del Estado, pueden beneficiarse de una convención colectiva de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C314 de 2004. [...] si bien a los ex trabajadores oficiales del ISS que pasaron a ser empleados públicos ya no se les permite celebrar negociaciones colectivas por la naturaleza de su vínculo con el Estado, los derechos laborales y

prestacionales obtenidos por esos mecanismos de negociación deben ser reconocidos, por lo menos por el tiempo en que fueron pactados, es decir, hasta el 31 de octubre de 2004. [...] si bien es cierto los derechos adquiridos en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo por los servidores públicos que hacían parte del ISS deben ser protegidos, los beneficios que se desprenden de dicho instrumento no podían extenderse más allá de su vigencia, lo que significa que después del 31 de octubre de 2004 y dada la nueva categoría que adquirieron al vincularse a la ESE, ya no están cobijados por las disposiciones allí contenidas, como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencias C349 de 2004, SU897 de 2012 o SU260 de 2021, entre otras, y el Consejo de Estado. Se destaca que la pensión convencional podía obtenerse de dos maneras, la primera, según el artículo 98 de la Convención Colectiva por haber prestado 20 años de forma exclusiva al ISS, caso en el cual se reconocía un monto equivalente al 100 % de lo percibido, con variables en su cálculo según la fecha en que se consolidara el derecho pensional y, la segunda, en términos del artículo 101, con el cómputo de los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público, caso en que se liquida con el 75 % de lo devengado en el último año. La Sala observa que el demandante no se encuentra dentro del primer supuesto en mención, dado que si bien al 31 de octubre de 2004 –fecha límite de la vigencia de la convención- contaba con más de 20 años de servicios ante el ISS (contados de manera interrumpida desde el 10 de agosto de 1983), lo cierto es que cumplió los 55 años de edad hasta el 12 de enero de 2011. En consecuencia, no acreditó los supuestos fácticos definidos por el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, antes del 31 de octubre de 2004, por lo que no tenía derechos adquiridos frente al régimen pensional allí regulado, de modo que solo tenía una expectativa de gozar de tal beneficio, sin que exista fundamento legal o constitucional que en su caso le conceda tal derecho. [...] el demandante no es beneficiario de la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva suscrita por el ISS con su sindicato de trabajadores para la vigencia 2001-2004, pues esta solo rigió hasta el 31 de octubre de 2004 y para dicha fecha no había consolidado el derecho a la pensión, por lo que la Sala debe concluir que no tenía derechos adquiridos frente al derecho convencional reclamado [...].»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintisiete \(27\) de julio de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Jorge Iván Duque Gutiérrez, radicación: 76001-23-33-000-2016-01755-01 \(4165-2022\)](#)

3. Se declarará la nulidad de la expresión “*no constituye factor salarial*” del artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, en relación con la prima de dirección de los empleados públicos del sistema de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – UAE DIAN- que ejercen funciones inherentes a las jefaturas.

Síntesis del caso: Se demanda la nulidad de la expresión “no constituye factor salarial” del artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, con relación a la prima de dirección que se reconoce a los empleados públicos del sistema de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – UAE DIAN por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, por considerar que se viola el preámbulo, los artículos 13, 25, 53, 150 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política, los artículos 2 (literal a) y 3 de la Ley 4ª de 1992 y los derechos adquiridos y de igualdad.

RÉGIMEN SALARIAL DEL EMPLEADO PÚBLICO / RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO/ CONCEPTO DE SALARIO / PRIMA DE DIRECCIÓN / DIAN / INCLUSIÓN DEL FACTOR SALARIAL/ DERECHO ADQUIRIDO / DERECHO A LA IGUALDAD/ INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA IGUALDAD

Problema jurídico: ¿La expresión “no constituye factor salarial”, contenida dentro del artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, vulnera el preámbulo, los artículos 13, 25, 53, 150 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política, los artículos 2 (literal a) y 3 de la Ley 4ª de 1992, los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y el respeto de los derechos adquiridos de los empleados de la DIAN, al negar el carácter salarial de la prima de dirección prevista en la norma demandada?

Tesis: “[...] La regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en el modelo adoptado por la Constitución Política de 1991, opera de forma compartida entre el legislativo y el ejecutivo, así el Congreso de la República, a través de una ley marco, señala los objetivos y criterios generales, a los que se debe sujetar el Gobierno Nacional, quien a través de decretos administrativos, cuyo control compete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos (art. 150 numeral 19 literal e. de la Constitución Política). [...]”. Esta Sala se pronunció en sentencia del 1 de agosto de 2013 al respecto, al indicar que [...] el legislador tiene la competencia de desarrollar la Constitución Política, puede establecer conceptos, que por su naturaleza son indeterminados, como en el caso de la remuneración salarial laboral. Agregó que a diferencia de la relación entre la administración y la ley, en la que “cuando ella [la administración] se encuentra frente a un concepto jurídico indeterminado, ella está obligada a adoptar la solución más acorde con la ley.”, en el caso del legislador respecto de la Constitución existe una relación más compleja porque de un lado debe respetar la Carta Política como norma de normas y de otro, cuenta con una libertad de configuración como quiera que “en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta” . [...] el legislador tiene cierta libertad para establecer qué componentes son salario y desarrollar el concepto del mismo, el hecho que las primas técnicas y especiales “no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional” [...]. A la luz del Convenio 095 de la OIT, el término “salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar. [...] la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 7 de diciembre de 2006 manifestó que “por salario debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual sino todo lo que el empleado percibe por concepto de salario, en otras palabras, todo lo que devengue periódicamente como retribución de sus servicios.” [...] es un criterio de esta Sección que todo pago que tienen por objeto retribuir directamente los servicios del empleado, que no sea ocasional, para cubrir una contingencia a la que pudiera verse sometido que el servidor, tiene naturaleza salarial. Ahora bien, en el sub lite, se advierte que el Gobierno Nacional creó la prima de dirección sin carácter salarial para un grupo de servidores de la DIAN, por lo que conviene examinar los alcances de esta figura dentro del contexto jurídico de la función pública, conforme con el régimen que lo ha regulado antes de la expedición de la Carta de 1991 y después de la misma, a fin de descubrir con la mayor claridad posible la estructura de la figura, dado que ella hace parte del universo jurídico plasmado en la Ley 4ª de 1992. [...] dentro del régimen jurídico anterior a la Carta Política, como en el transcurrir de esta, el concepto de prima, entendido como un pago que se le otorga a un trabajador de manera habitual y como contraprestación de su labor, como ocurre en este caso, debe significar ineludiblemente un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público, que no puede desconocerse, ni desnaturalizarse, cercenándole el carácter de factor salarial. Con relación a la prima de dirección, cabe mencionar que dicha prestación económica fue establecida, inicialmente, en el artículo 67 del Decreto Ley 1647 de 1991 [...] La expresión “no constituye factor salarial” del referido artículo 4º del decreto 1268 de 1999, fue demandada en simple nulidad ante la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, quien, mediante sentencia de 19 de febrero de 2018, radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-2011), declaró la nulidad del aparte demandado, advirtiendo la naturaleza salarial de la referida prestación. (...) La Sala considera que el Ejecutivo, al expedir la norma demandada, no solo se apartó de los criterios definidos en la ley 4ª de 1992 para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, sino que además desbordó su poder, por cuanto le restó el carácter salarial a una prestación económica que tiene por objeto reconocer una función que se ejerce de forma continua por el servidor de carrera de la DIAN, ocasionando una desmejora del salario de los empleados pertenecientes a la entidad aludida. En este orden de ideas y en atención al precedente que se expuso anteriormente, la Sala concluye que la prima de dirección es un factor salarial, por cuanto se trata de una suma establecida, en favor del servidor del sistema específico de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, como una retribución directa por sus servicios prestados, lo cual, la convierte en habitual y periódica, de modo que la expresión “no constituye factor salarial”, está viciada de nulidad por desconocer el concepto de salario en los términos previamente señalados y así se declara en la parte resolutive de esta decisión. [...] Corolario de lo anterior, la Sala declarará la nulidad de la expresión “no constituye factor salarial” del artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, que se reconoce a los empleados públicos del sistema específico de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, como quiera que el análisis realizado en esta providencia permite advertir que el Gobierno Nacional se excedió en sus facultades y desconoció los criterios establecidos por el legislador para la fijación del régimen salarial y prestacional de los referidos servidores públicos. [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de mayo de 2023, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2018-01634-00\(5415-2018\)](#)

4-Se impone sanción disciplinaria a integrante del consejo administrativo de SaludCoop-EPS por dar lugar de manera indirecta a la apropiación indebida de recursos de la salud.

Síntesis del caso: La Procuraduría General de la Nación sancionó a integrante del consejo de Administración de Saludcoop EPS – OC con multa e inhabilidad para ejercer empleos y funciones públicos, prestar servicios a cargo del Estado y contratar con este por diez (10) años, por no haber actuado con la diligencia y el cuidado requeridos en la revisión y aprobación de los estados financieros de SaludCoop para el período 2010 lo que ocasionó que la empresa obtuviera recursos públicos por montos mayores a los que legalmente le correspondía.

PROCESO DISCIPLINARIO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO /MULTA DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA/ INHABILIDAD PARA DESEMPEÑAR CARGOS PÚBLICOS/ TIPICIDAD DE LA CONDUCTA DISCIPLINARIA / CULPA GRAVE / PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

Problema jurídico: ¿La conducta por la cual fue sancionado el demandante como integrante del consejo de administración de SaludCoop EPS – OC, con multa equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la comisión de los hechos sancionados e inhabilidad para ejercer empleos y funciones públicos, prestar servicios a cargo del Estado y contratar con este por diez (10) años, por haber incurrido en la falta gravísima señalada en el artículo 55 numeral 4 de la Ley 734 de 2002, es atípica?

Tesis: “[S]egún el recurrente, la falta de competencia se configura porque la accionada incurrió en violación de los principios de legalidad y debido proceso, toda vez que, de conformidad con el artículo 55 del CDU, los particulares «[...] solo responderán por faltas gravísimas», y comoquiera que, según el artículo 43 (numeral 9) del mismo Código, «La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave», infiere que el señor (...) no era sujeto aplicable de dicha codificación, mucho menos de sanción, en razón a que no cometió falta gravísima, sino grave a título de culpa grave, como debió concluirlo la demandada. Para la Sala, lo planteado por el apelante no es otra cosa que impunidad absoluta de la corrupción a partir de una interpretación de la ley que agravia la razón, asunto que la Corporación no tolera. La conducta por la cual fue sancionado el señor (...) está claramente tipificada en el régimen disciplinario aplicable a los particulares, en cuanto el artículo 55 del CDU prevé que «Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas: [...] 4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente»; la parte subrayada fue la atribuida por la PGN en el pliego de cargos y resultó demostrada durante la actuación disciplinaria, a título de culpa grave. Ahora bien, el hecho de que el artículo 44 (numeral 9) del CDU establezca que «La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave», no hace que desaparezca del mundo jurídico el comportamiento gravísimo reprochado al actor, como lo pretende, y menos que no esté sometido a sanción alguna. En sana lógica, no se extrae de la normativa en cita que el legislador haya pretendido exonerar de responsabilidad a los particulares disciplinables por las faltas graves cometidas a título de culpa grave. Admitirlo sería abrir paso a la impudicia y desconocer que «La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública». Obsérvese que el artículo 53 del CDU precisa que «No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos», pero y añade «salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias» (se destaca), sin excepción, como acontece en el asunto sub examine, al haber administrado la

extinguida SaludCoop EPS – OC recursos públicos de la salud, con la impúdica intervención del actor, en condición de integrante de su consejo de administración.(...). En el asunto sub examine, la competencia de la Procuraduría General de la Nación no podía ser ajena a la responsabilidad disciplinaria del demandante, frente a quien, como miembro del consejo de administración de SaludCoop EPS – OC (elegido por la asamblea general extraordinaria para el período 2009-2011, según acta 24 de 29 de abril de 2009, hecho que no discute), demostró que permitió, en efecto, que «SaludCoop obtuviera recursos públicos por montos mayores a los que legalmente le correspondían, con lo cual se apropió de manera indebida de recursos del sector de salud, lo que obtuvo mediante artificios, operación contable que permitió ocultar la situación de iliquidez que registraba esa EPS. La falta de diligencia y cuidado se encuentra reflejada en los estados financieros, donde aparecen notas de crédito resultado de ingresos operacionales, por suma superior a \$61.000 millones de pesos, sin que los miembros del consejo de administración, al aprobar los estados financieros, hubieran requerido explicaciones acerca del origen y soporte de dichas operaciones, provenientes de recursos del sistema general de salud» (...), conducta tipificada por el artículo 55 de la Ley 734 de 2002, según el cual «Son faltas gravísimas las siguientes conductas: [...] 4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente», cometida por particulares, como el señor (...), que guarda congruencia con la imputación que le fue formulada en el pliego de cargos. Por su parte, la sala disciplinaria de la PGN, en segunda instancia, después de analizar las evidencias probatorias recaudadas, también concluyó fundadamente que «Los señores miembros del Consejo de Administración transgredieron las normas de la ley disciplinaria que señala la falta gravísima contenida en el numeral 4 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002 por permitir que los ejecutivos de SaludCoop se apropiaran de recursos del Fosyga, a través de operaciones denominadas notas de crédito, producto de los descuentos comerciales condicionados, los que no se reflejaban en las facturas que presentaban al Fosyga, las cuales eran recobradas con mayores valores de los que finalmente compraban los medicamentos» (...). Lo expuesto para concluir que la atipicidad de la conducta y la supuesta falta de competencia de la Procuraduría General de la Nación para investigar disciplinariamente al actor, no existieron. (...). En este contexto, evidencia la Sala que fue ajustada a derecho la imputación y sanción que impuso la PGN al señor (...), por haber incurrido en la conducta descrita por el artículo 55 de la Ley 734 de 2002, según el cual «Son faltas gravísimas las siguientes conductas: [...]. 4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente», cometida por particulares, como lo era el demandante. De modo que, de los supuestos fácticos y jurídicos narrados, emerge la responsabilidad disciplinaria del señor (...) y la validez de la sanción contenida en los actos demandados. Todo lo dicho para concluir que la conducta irregular atribuida al actor se demostró, que se tradujo en incumplimiento del deber funcional atribuido en el pliego de cargos y corresponde, en efecto, a la descripción típica de carácter gravísimo y gravemente culposo que prevé el régimen disciplinario, como lo determinó y sancionó la autoridad disciplinaria en las dos instancias. [...]"

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de mayo de 2023, C.P. Carmelo Perdomo Cuetér, radicación: 25000-23-42-000-2014-00161-00\(53921-2012\).](#)

5. La sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 sí puede concederse a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso de demostrarse que se incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas.

Síntesis del caso: *En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la actora, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 0154 del 18 de enero de 2016,*

a través de la cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, a partir del momento en que vencieron los 65 días hábiles siguientes a la radicación de la reclamación de las cesantías parciales y hasta cuando se haga efectivo su pago. Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó (i) condenar a la entidad demandada a pagar la sanción por la mora en la cancelación de sus cesantías parciales, conforme a lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006; (ii) ordenar el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; y (iii) disponer los ajustes de valor respecto de la condena al tenor de lo establecido en el artículo 187 ibidem.

CÓMPUTO DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDIO DE CESANTIAS ANUALIZADAS A DOCENTE OFICIAL. PRESCRIPCIÓN TRIENAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS.

Problema jurídico: *¿Se circunscribe a establecer (i) ¿si los docentes pueden ser beneficiarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 ante el incumplimiento en el pago de sus cesantías parciales?; (ii) ¿si la Nación (Ministerio de Educación—Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) debe ser la destinataria de la condena?; (iii) ¿si no debió aplicarse el fenómeno extintivo en los términos en que se hizo, por parte del tribunal de instancia, pues debió preferirse el término que, al respecto, consagra el ordenamiento civil?; (iv) si ¿la sanción aludida puede ser sustituida por los intereses moratorios establecidos en el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009?; y (v) si ¿el tribunal analizó la figura de la prescripción conforme a la normativa vigente?*

Tesis: «[...] la Ley 244 de 1995 «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación, en el término inicialmente indicado. El artículo 2 ibidem determinó que una vez se encuentre en firme el acto de reconocimiento de cesantías definitivas, la administración cuenta con el término de cuarenta y cinco días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago. [...] en lo que respecta a los docentes oficiales, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales que se causaran a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de esa ley. [...] los docentes sí están cobijados por las disposiciones de liquidación parcial y definitiva de las cesantías consagradas en la Ley 1071 de 2006 [...] la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 sí puede concederse a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso de demostrarse que se incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas y el conteo de términos para efecto del reconocimiento se rige por las reglas fijadas en el precedente aludido, sin que sea dable excusarse en razones de orden presupuestal, para abstenerse del cumplimiento de un término definido por el legislador, en el cual se deben hacer las gestiones correspondientes para lograr el pago oportuno. [...] en el asunto de la referencia, al tratarse de un reconocimiento de sanción moratoria causada con anterioridad a la Ley 1955 de 2019, «[p]or [la] cual se expide el Plan Nacional De Desarrollo 2018-2022» la obligación de asumir la condena reside en la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), tal como lo consideró el a quo, en cuanto la Ley 91 de 1989, en su artículo 3.º, creó el aludido fondo, y le atribuyó la responsabilidad de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes, y si bien es cierto su creación fue como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, también lo es que se encuentra adscrito al Ministerio de Educación Nacional y es este quien ejerce su representación judicial, toda vez que no cuenta con personería jurídica. [...] la entidad demandada argumentó que los intereses moratorios con cargo a alguna autoridad de derecho público, se rigen por la Ley 1328 de 2009, artículo 88, y, por ende, no se debe aplicar la sanción a que aluden las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; sin embargo, la Sala debe señalar que no es de recibo tal consideración, pues, en asuntos como el analizado, se aplica el criterio de especialidad de la ley, de manera que para resolver la pretensión de la demandante, la materia relativa a la tardanza en el pago de las cesantías parciales está prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, mientras que la invocada por la entidad demandada rige en materia financiera, de seguros y del mercado de valores, y, por tal motivo, la norma que se invoca en el recurso de apelación no cobija la situación planteada en la

demanda y que fue decidida por el a quo con base en la normativa que sí es aplicable, como se analizó con antelación [...] en lo que tiene que ver con el reparo planteado por la demandante, en el sentido de que el fenómeno prescriptivo se contabilice conforme a los términos establecidos en el Código Civil pues aquel que está señalado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 no es aplicable en el sub lite, la Sala debe indicar que tal discusión ya fue analizada en sentencia de unificación por esta Corporación, y, en esa materia, se definió que la norma que se debe emplear, para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral que consagra 3 años desde que la obligación se hizo exigible, para que se configure el fenómeno extintivo. [...] para el caso concreto, se tiene que la petición en sede administrativa encaminada a obtener el reconocimiento de las cesantías parciales, se radicó el 4 de abril de 2011, de modo que los 15 días con que la administración contaba para expedir el acto administrativo pertinente, vencían el 27 de abril de 2011, lo que conlleva afirmar que la Resolución 2596 del 21 de junio de 2013, notificada el 2 de julio siguiente, a través de la cual se reconoció la prestación parcial a favor de la demandante, fue expedida en forma extemporánea. En esas condiciones, de haberse expedido oportunamente el acto, esto es, el 27 de abril de 2011, su ejecutoria se hubiera producido a los 5 días siguientes, es decir, el 4 de mayo de 2011; por lo tanto, los 45 días para el pago oportuno vencían el 11 de julio de 2011; no obstante, este tan solo se produjo el 3 de septiembre de 2013 [...] lo que corrobora la extemporaneidad en la cancelación de la prestación. De manera que la entidad demandada incurrió en mora, entre el 12 de julio de 2011 y el 2 de septiembre de 2013 [...] En efecto, y tal como se enunció con antelación, la mora empezó a causarse desde el 12 de julio de 2011; por lo tanto, a partir de ese momento se hizo exigible y, en tales condiciones, debía reclamarse ante la administración, a más tardar, el 12 de julio de 2014; sin embargo, se repite, la petición en la que se exigió su reconocimiento se radicó el 15 de diciembre de 2015, cuando se habían vencido los términos de que disponía la demandante para reclamar dicha penalidad. [...] De manera que en las providencias de unificación antes citadas, entre otras providencias emanadas de la Sección Segunda de esta Corporación, se le ha dado el alcance transcrito al término prescriptivo de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, y se ha concluido que el conteo de los 3 años para su configuración surge desde el vencimiento de los precisos términos con que el empleador cuenta para expedir el acto de reconocimiento y el posterior pago de la prestación y vence al momento en que se cumplen los 3 años subsiguientes, so pena de la configuración del fenómeno extintivo. Así las cosas, en el sub lite procede revocar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declarar probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de seis \(6\) de julio de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 66001-23-33-000-2019-00181-01 \(2077-2022\)](#)

6. Funcionarios sancionados disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación, por irregularidades cometidas en la contratación estatal de las obras de la Fase III de Transmilenio, demandaron los actos sancionatorios por considerar que fueron expedidos con desconocimiento de los derechos al debido proceso, violación del derecho de defensa y falta de motivación sobre la culpabilidad de la conducta.

Síntesis del caso: Los demandantes cuestionaron ante esta corporación, los actos administrativos por los cuales fueron declarados responsables y sancionados disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación, con ocasión de la contratación estatal por ellos efectuada dentro de la Fase III de Transmilenio, considerando que los cargos imputados desatendieron el contenido y alcance de las funciones propias de los empleos por ellos desempeñados, así también las pruebas allegadas al proceso y los experticios practicados por el ente de control disciplinario.

PRESUNTA INDEBIDA VALORACIÓN DE LOS CARGOS IMPUTADOS Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO. PRÁCTICA Y VALORACIÓN PROBATORIA. ANÁLISIS SOBRE LA CULPABILIDAD DE

LOS DISCIPLINADOS. COMISIÓN DE FALTAS DISCIPLINARIAS RELACIONADAS CON LA CONTRATACIÓN ESTATAL – TRASMILENIO FASE III

Problema jurídico 1: *¿La PGN, al expedir los actos sancionatorios incurrió en la violación de los derechos al debido proceso y a la defensa, por la presunta indebida valoración de los cargos imputados?*

Tesis 1: “En lo referente al primer cargo, en materia del anticipo. (...) en su condición de directora general del IDU, suscribió el contrato de obra pública núm, 137 de 2007 con la unión temporal TRANSVIAL cuyo objeto contractual fue «LA EJECUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIECER GAITÁN) AL SISTEMA TRASMILENIO Y EL POSTERIOR MANTENIMIENTO, EN EL TRAMO 3 COMPRENDIDO ENTRE LA TRANSVERSAL 76 Y LA CARRERA 42B Y EN EL TRAMO 4, COMPRENDIDO ENTRE LA CARRERA 42B Y LA CARRERA 19, GRUPO 4 DE LA LICITACIÓN PÚBLICA NÚMERO IDU-LP-DG-022-2007.» Según se lee en la cláusula 10.140 del contrato, el anticipo correspondía al 30% [...]. [E]n la decisión sancionatoria de 22 de junio de 2011, dictada por el procurador general de la Nación, se indicó que (...) al suscribir el Otrosí No. 2 de 16 de octubre de 2008 eliminó requisitos para el desembolso del anticipo, aunado a que suscribió directrices jurídicas establecidas en los memorandos DTL 6000-11094 de 12 de marzo de 2009 y SGJ-405-23181 de 9 de junio de 2009, que impactaron de forma negativa la vigilancia y control que se tenía sobre el anticipo en virtud del Manual de Interventoría del IDU. [...] [L]a decisión disciplinaria contó con un profundo y exhaustivo análisis probatorio de todos los antecedentes contractuales que fueron allegados al proceso disciplinario (...), el informe de interventoría sobre la inversión y buen manejo del anticipo del 25 de febrero de 2009, las comunicaciones de mayor relevancia suscritas con el consorcio INTERCOM, la unión temporal TRANSVIAL y el IDU relacionados con el tema de los anticipos (...); los informes presentados por el interventor en la etapa de construcción, las declaraciones de (...) representante de la aseguradora SEGUREXPO (...) quien aseguró que una de las causas o circunstancias que evidenciaron para la no legalización del anticipo fue la no entrega oportuna de la documentación soporte del manejo por parte del afianzado TRANSVIAL a la interventoría (...), las declaraciones del señor (...) y la Resolución de declaratoria de siniestro del anticipo 889 del 26 de marzo de 2010. [...] [S]e le imputó un segundo cargo consistente en que como directora general del IDU suscribió los Otrosí (...) dentro de los contratos 134, 135, 136, 137 y 138 de 2007 para la adecuación de la calle 26 y la carrera 10 al sistema Transmilenio (...) para adelantar los faltantes de diseños que no fueron entregados por los consultores de los contratos 129 y 133 de 2005 [...]. Explicó la PGN que dicha actividad no estaba considerada ni en el pliego de condiciones ni en el texto de los contratos 134, 135, 136, 137 y 138 de 2008, por lo que no se trataba de una «actualización» sino de una actividad nueva, que involucraba altos costos adicionales [...] [E]l análisis probatorio de la PGN demostró que sí se produjo un detrimento patrimonial (...) lo que incidió a su vez en el retraso en la presentación de los programas de obra detallados y los cronogramas de metas físicas a ejecutar (...), que participó en la actividad contractual con violación del principio de transparencia y por ello, en la comisión de la falta disciplinaria establecida en el artículo 48, numeral 31, de la Ley 734 de 2002. [...] Frente a los cargos tercero y cuarto, en materia de celebración de contratos adicionales para el desarrollo de las obras por concepto de valorización (...) participó en la actividad contractual con desconocimiento del principio de transparencia, teniendo en cuenta que «utilizó la figura del contrato adicional de una forma contraria a lo dispuesto en el manual de contratación del IDU, para omitir el proceso licitatorio y eludir la selección objetiva que debía efectuarse para escoger al contratista que ejecutaría los proyectos de valorización 123 y 124, agregando obras totalmente independientes, que no resultan necesarias para cumplir la finalidad que pretende satisfacer el contrato original (adecuación de la calle 26 y la carrera 10 al sistema Transmilenio), que debían haber sido licitadas e iniciada su construcción varios meses atrás, y que involucran un objeto distinto y más complejo, que el de los desvíos contemplados en el contrato 135 de 2007.» [...].”

Problema jurídico 2: *¿Fueron desconocidas las funciones propias del cargo desempeñado por la Directora Técnica de Construcciones del IDU, al momento de determinar los cargos imputados y la responsabilidad disciplinaria por la que fue sancionada la funcionaria investigada?*

Tesis 2: “[...] Frente a (...) como directora técnica de construcciones, código 009, grado 05, del IDU. [...] en lo que se refiere a la primera falta disciplinaria atribuida por la PGN (...) en materia de diseños se tiene que, una vez examinada la demanda, no se advierte algún reparo contra el mismo, por lo que la Sala no abordará su análisis [...] En cuanto a la segunda falta disciplinaria [...] tal como se aprecia del examen realizado por la PGN se advirtió que pese a que la directora de interventoría ratificó el incumplimiento del contratista a través de Oficio 174-1951 de 18 de noviembre del 2009, empero, la respuesta de la directora técnica de construcciones consistió en que cuatro meses después ofició al contratista indicándole que de aceptarse la cesión del contrato se sustituiría al sujeto destinatario de la multa y por eso sus obligaciones descritas como incumplidas perdían naturaleza conminatoria. [...] [S]e probó que, en su condición de directora técnica de construcciones, tenía el deber de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales de acuerdo con los requerimientos del contrato, utilizando para tal fin el procedimiento de imposición de

multas, con el fin de conminar al contratista para lograr el acatamiento de sus obligaciones, pero al contrario, pese a la importancia y envergadura del proyecto, no adelantó en términos perentorios el procedimiento de imposición de multas, como evidencia la realidad probatoria. En lo que se refiere a la tercera falta disciplinaria atribuida (...) en relación con las obras por concepto de valorización incorporadas mediante contratos adicionales dentro de los contratos fase III de Transmilenio [...] dado que la parte actora no incluyó ningún razonamiento adicional, esta Sala nuevamente señala que el cargo formulado no goza de vocación de prosperidad porque el análisis del ente de control evidenció que los contratos estatales de obra 135, 136, 137 y 138 de 2007 y los proyectos de valorización 122, 123, 124, 112 y 154, eran asuntos independientes y los segundos no indispensables para adecuar la calle 26 y la carrera 10ª al sistema Transmilenio, por lo que al efectuarse la adición, se omitió del procedimiento público de selección por licitación consagrado en el artículo 2.º (numeral 1.º) de la Ley 1150 de 2007, no siendo suficiente para desvirtuar la legalidad de la decisión señalar que el ordenamiento jurídico permite realizar la adición del contrato. [...]"

Problema jurídico 3: *¿Fueron desconocidas las funciones propias del cargo desempeñado por el disciplinado, quien se desempeñó como subdirector técnico de ejecución de obras y subdirector técnico grado 068 grado 01 de la Subdirección Técnica de Ejecución del Subsistema de Transporte del IDU, al momento de determinar los cargos imputados y la responsabilidad disciplinaria por la cual fue sancionado?*

Tesis 3: "[...] Frente al señor [...] se desempeñó en el IDU desde el 1.º de febrero de 2007, como subdirector técnico de ejecución de obras, código 068 grado 01 y desde 24 de abril de 2009 fue nombrado subdirector técnico grado 068 grado 01 en la Subdirección Técnica de Ejecución del Subsistema de Transporte. [...] En cuanto al primer cargo, en materia de diseños dentro de los contratos 134 a 138 de 2007, fase III de Transmilenio. [...] la PGN encontró demostrado que el demandante aprobó de manera expresa los denominados otrosí del 16 de octubre, 23, 26 y 29 de diciembre de 2008, dentro de los contratos 134, 135, 136, 137 y 138 de 2007 (...). [...] De acuerdo con el manual de funciones, el accionante era el responsable de garantizar el control y seguimiento de la ejecución de las obras de los contratos, dando cumplimiento a lo establecido en los pliegos de condiciones o términos de referencia, así como garantizar el seguimiento técnico, administrativo, financiero y legal del contrato de ejecución de obras e interventoría, asegurando la observancia de lo establecido en los pliegos de condiciones o términos de referencia y responder por el seguimiento y acatamiento de las metas físicas proyectadas durante la vigencia e informar oportunamente al director técnico de construcciones y a la dirección técnica de planeación. [...] tales funciones de control y seguimiento a la ejecución de las obras contratadas mediante los contratos 134 a 138 de 2007, permitían imputar el cargo al demandante (...) advirtiendo que las modificaciones introducidas a través de los Otrosí aprobados por él, descuidaron la vigilancia de la correcta ejecución del objeto contractual y no procuraron los fines de la contratación estatal. [...] En cuanto al segundo cargo. En materia de contratos adicionales por los contratos de valorización. [...] Señaló la PGN que para la fecha de la celebración del contrato adicional núm. 1 del 29 de diciembre de 2008, por medio del cual se añadieron al contrato 135 de 2007 las obras correspondientes a los proyectos de valorización 123 y 124, el señor (...) se desempeñaba como subdirector técnico de ejecución de obras [...] Posteriormente, para la fecha de la celebración del contrato adicional núm. 1.º del 25 de junio de 2009, por medio del cual se añadieron al contrato 138 de 2007 las obras correspondientes al proyecto de valorización 112 y 154, el señor (...) se desempeñaba como subdirector técnico de ejecución del subsistema de transporte [...] A partir de esto consideró el ente de control que el señor (...) tanto en el cargo de subdirector técnico de ejecución de obras como en el cargo de subdirector técnico de ejecución del subsistema de transporte, era el responsable del seguimiento y control técnico, administrativo, financiero y legal de la ejecución de los contratos 135 y 138 y debía asegurar que se cumpliera con lo dispuesto en los pliegos de condiciones y demás normas obligatorias aplicables en la entidad (manuales de contratación e interventoría). [...] el apoderado del señor (...) formuló los mismos argumentos de disenso frente a esta falta, que fueron esgrimidos en el caso de la señora (...), es decir, que el estatuto de contratación permite la posibilidad de adicionar o reformar, de común acuerdo los contratos, en cuanto a trabajo, plazo y precio y que por ello se efectuaron las adiciones de los proyectos de valorización 123, 124, 111 y 154. [...] En cuanto al argumento referente a que en virtud de los contratos adicionales se evitó un colapso en materia de servicios públicos, debe resaltarse las conclusiones a las que arribó la PGN (...) donde se afirmó que los problemas de coordinación entre contratistas no pueden alegarse como factor que justifique la omisión del proceso licitatorio y la adición de los proyectos de valorización a la fase III de Transmilenio. [...] independientemente de si las obras de valorización fueron ejecutadas por los contratistas de la fase III o por los contratistas que debieron ser escogidos mediante un proceso de selección para la construcción de los proyectos de valorización, dichos componentes eran específicos para las obras de valorización y separados del proyecto de la fase III de Transmilenio y de cualquier obra que se estuviera adelantando. [...] De acuerdo con lo anterior para la Sala no resulta de ninguna manera suficiente señalar que el ordenamiento jurídico permita adicionar los contratos, cuando como se vio, la PGN realizó un profundo y extenso análisis frente a las funciones de cada uno de los implicados siendo uno de ellos el señor (...) y su implicación en la comisión de la falta

relacionada con la celebración de las adiciones dentro de los contratos 135 y 138 2007, razón por la cual se negará este cargo. [...]"

Problema jurídico 4: *¿La PGN, al expedir los actos sancionatorios incurrió en violación del derecho al debido proceso por la indebida valoración del informe rendido por los funcionarios de la Dirección de Investigaciones Especiales y de la PGN y por la omisión en el decreto del peritazgo solicitado por los disciplinados?*

Tesis 4: "[...] sobre las pruebas y su valoración, la Sala recuerda que el artículo 128 de la Ley 734 de 2002 contempla que tanto el acto administrativo sancionatorio como toda decisión interlocutoria deben estar fundamentados en las pruebas legalmente producidas y aportadas por petición de cualquier sujeto procesal o de manera oficiosa. La citada norma consagra que la carga de la prueba, en estos procesos, le corresponde al Estado. Asimismo, es deber de la autoridad disciplinaria encontrar la verdad real de lo sucedido, por lo que es su obligación efectuar una valoración ponderada y razonada de las pruebas recaudadas durante el trámite administrativo. [...] En lo que concierne al análisis y valoración de las pruebas, la Ley 734 de 2002, en el artículo 141, señaló también que ésta debe hacerse según las reglas de la sana crítica, de manera conjunta y explicando en la respectiva decisión el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta. [...] Esta Corporación ha precisado que el derecho disciplinario, por contar con una dogmática propia, se ha consolidado para diferenciarlo en varios aspectos del derecho penal, teniendo en cuenta que los bienes jurídicos que protege son también diferentes, como lo son el buen funcionamiento de la administración pública con el fin de salvaguardar la moralidad pública, la transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia en el desempeño de los empleos públicos, por lo que se ha venido estableciendo un margen de apreciación y de valoración probatoria más amplio y flexible que el de otras ramas del derecho sancionatorio. [...] Sobre este aspecto, la parte actora consideró que el informe técnico rendido por los funcionarios designados de la PGN en el que se fundamentó la decisión sancionatoria, incurrió en una violación del debido proceso por cuanto contiene respuestas y conclusiones infundadas, sin ningún sustento, con ausencia de motivación, apreciaciones subjetivas, infracción al principio de imparcialidad y ausencia de conocimiento del plan de manejo de tráfico. La Sala de Subsección evidencia que en la decisión disciplinaria quedó claro que el citado informe técnico realizado el 28 de febrero de 2011, no fue el fundamento de la sanción impuesta porque la PGN encontró que en éste no se advirtió nada distinto a (i) lo observado en las visitas técnicas practicadas por la entidad a cada una de las obras en las que fueron invitados todos los sujetos procesales, (ii) los soportes documentales que sirvieron de fundamento para la celebración de los contratos (iii) y los informes de interventoría y actas de obra. [...] Como se colige, los argumentos del demandante dirigidos a desvirtuar el informe técnico para demostrar la violación al debido proceso resultan inocuos, toda vez que el mismo fue descartado por la Procuraduría General de la Nación al momento de proferir la decisión disciplinaria por cuanto no demostraba nada diferente a las pruebas que ya habían sido recaudadas en el trámite disciplinario. Ahora bien, varios de los disciplinados solicitaron la realización de un experticio técnico a una asociación de ingenieros de una universidad reconocida y con experiencia en el manejo de obras públicas, para que pronunciaran sobre las condiciones técnicas y operativas acerca de cómo se deben suministrar los bienes y servicios en las grandes mega obras. [...] mediante auto del 16 de diciembre de 2010, la PGN negó algunas de las pruebas solicitadas en los descargos, pero decretó el informe técnico a realizar por parte de funcionarios de la Dirección de Investigaciones Especiales y contra dicha decisión los apoderados de los disciplinados interpusieron recurso de reposición. A través de providencia del 1° de febrero de 2011 el despacho del procurador general de la Nación repuso el auto anterior, frente a algunas de las pruebas solicitadas, pero mantuvo su decisión de no acceder al experticio técnico solicitado, al estimar que no se requería evaluar la conducta del interventor sino de los disciplinados, además no se necesitaba evaluar el elemento conveniencia frente a la justificación o no de los contratos adicionales por las obras de valorización. Esto, porque «el elemento conveniencia» no es un aspecto a considerar para la celebración de contratos adicionales del IDU, numeral 6.1., vigente para la fecha de la celebración de los contratos adicionales (Adoptado como norma obligatoria de la entidad mediante Resolución 7553 de 2006). Explicó que en virtud de lo expuesto no era objetivamente pertinente ni conducente, el dictamen pericial solicitado pues estaba dirigido a mostrar de manera *posteriori* aspectos que debieron ser objeto de análisis de manera previa a la celebración de los contratos estatales. [...] se aprecia que la negativa del decreto del experticio no es una decisión que desconozca el debido proceso, sino que, obedeció a una justificación que fue puesta en conocimiento de las partes y que fue objeto de recurso de reposición; además, se encuentra acorde con el amplio margen probatorio otorgado a la entidad para determinar sobre la conducencia o pertenencia de la misma y así mismo, para establecer cuándo obran en un determinado proceso pruebas suficientes para moldear la convicción respecto de la ocurrencia o no de los hechos. [...]"

Problema jurídico 5: *¿En este caso la PGN realizó el análisis sobre la culpabilidad de los disciplinados?*

Tesis 5: “[...] en cuanto a la señora (...) en materia del manejo del anticipo el ente de control hizo referencia a sus calidades como directora general del IDU, profesional del más alto nivel, su jerarquía dentro de la entidad y la experiencia que tenía en la materia, sin embargo, le reprochó que no hizo uso de tales calidades para evaluar y determinar las consecuencias que sus decisiones podían traer frente al contrato, optando con conocimiento del hecho, por facilitar el acceso al anticipo y eliminando los controles necesarios para efectos de que el mismo no se viera menoscabado. Por tanto, dado su conocimiento de las reglamentaciones existentes, optó por interpretar las reglas del manual de interventoría que modificaron la manera en que el interventor debía ejercer control de los soportes de inversión. Así mismo precisó la entidad que la sustentación que realizó en el otrosí No. 2. del 16 de octubre de 2008, es una muestra clara de que sí tuvo conocimiento y voluntad para disminuir los requisitos para el desembolso del anticipo y que posteriormente, al suscribir el memorando SGJ 405-23181 del 9 de junio de 2009 hizo uso de su cargo para modificar la manera como reglamentariamente se llevaba a cabo la vigilancia y control de la interventoría. En cuanto a la celebración de los otrosí del 16 de octubre, 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 a los contratos de obra 134 a 138 de 2007, explicó que la disciplinada era plenamente consciente de que, permitir a los constructores completar los posibles faltantes de diseño dentro de la fase III de Transmilenio, constituía una doble contratación toda vez que, la elaboración de diseños ya había sido contratada previamente por el IDU a través de las consultorías 129 y 133 de 2005; por esto, deberían ser tales consultores los que respondieran y entregaran los productos faltantes para los cuales había sido contratados. Además, no podía autorizar a los constructores de la fase III para elaborar los posibles faltantes de diseño con la expedición de los citados otrosí sino liquidando previamente a los contratos de consultoría, tal como lo exige el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 11 de la Ley 1152 de 2007 y, por ende, la demandante como directora de la entidad y abogada, era concedora de los alcances y límites de la figura del otrosí para introducir modificaciones a los contratos. [...] En cuanto a la primera falta atribuida a la señora (...) se aprecia el análisis de culpabilidad donde se señaló que, en su calidad de directora técnica de construcciones y como servidora pública responsable de la ejecución de los contratos de obra 134 a 138 de 2007, comprendía las consecuencias que producirían los otrosí de 16 de octubre y 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 en los programas de entrega de las obras y en el costo de construcción de los proyectos contratados y, a pesar de ello, aprobó las mencionadas modificaciones. [...] En materia de multas (...) no observó el cuidado para adelantar los procedimientos de imposición de multas, en términos perentorios, una vez fue advertida por el interventor del contrato 137 de 2007, es decir, acerca del incumplimiento de las metas físicas y cronogramas de entrega de obras, conducta reprochable teniendo en cuenta su amplia experiencia como ingeniería civil, por lo que podía prever las consecuencias que tendría en la ejecución de las obras el hecho de no requerir oportunamente al contratista mediante el procedimiento de multa para que cumpliera sus obligaciones. [...] En cuanto al cargo imputado al señor (...) referente a la aprobación para la celebración de los otrosí del 16 de octubre, 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 dentro de los contratos 134 de 138 de 2007, precisó que en su calidad de director técnico de ejecución de obras era el responsable de efectuar el seguimiento técnico, administrativo, financiero y legal para la ejecución de los contratos y comprendía las consecuencias que producirían los otrosí en los cronogramas de obra y en la construcción de los proyectos contratados, pero, a pesar de ello, aprobó las mencionadas modificaciones contractuales; además en su condición de ingeniero civil y ejerciendo como subdirector técnico de ejecución de obras aprobó la celebración de tales otrosí conociendo las dilaciones y retrasos en la ejecución de las obras que dichos actos representaban. [...] se estimó que en su condición de ingeniero civil, dada su gran experiencia y trayectoria en la ejecución de obras contratadas por la entidad (...) era plenamente consciente de la realidad descrita y aprobó la celebración de los contratos adicionales, con argumentos supuestamente técnicos para justificar la adición de las obras y los proyectos de valorización, con base en una presunta conexidad, pese a lo cual sabía que ello no era cierto teniendo en cuenta su conocimiento, experiencia y participación directa en el control de la ejecución de las obras y no obstante las aprobó como si lo fueran. [...] el ente de control sí realizó un análisis del elemento culpabilidad para cada una de las faltas cometidas por los disciplinados siendo un elemento preponderante la profesión, la experiencia y las funciones de los cargos desempeñados por los demandantes; tales aspectos le permitieron a la PGN advertir que tenían pleno conocimiento de las decisiones que estaban adoptando y de las consecuencias que podrían traer para el desarrollo de la fase III de Transmilenio, y que les llevó a la comisión de las faltas disciplinarias descritas, según el artículo 48, numeral 31 de la Ley 734 de 2002, por cada una de las actuaciones ya señaladas. En efecto es precisamente ese amplio conocimiento que tenían sobre sus funciones, así como sobre la actividad contractual lo que permite entender que actuaron con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actuaciones. [...]”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de veintisiete \(27\) de julio de dos mil veintitrés \(2023\), C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-25-000-2012-00483-00\(1965-2012\)](#)

SECCIÓN TERCERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La responsabilidad extracontractual por privación injusta de la libertad no se limita únicamente a la antijuricidad del daño

Síntesis del caso: Se demandó a la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación para obtener la reparación del daño causado por la privación de la libertad a la que fue sometido el citado demandante entre el 16 de mayo de 2012 y el 14 de agosto de 2012, es decir, por un término de dos (2) meses y treinta (30) días. En el proceso penal se le imputaron los delitos de perfidia, homicidio agravado, toma de rehenes y rebelión.

PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PARÁMETROS PARA LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN PRISIÓN DOMICILIARIA / MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TOPES MÁXIMOS DEL PERJUICIO MORAL

Problema jurídico: ¿Hay lugar a un reconocimiento mayor referido a la regla jurisprudencial de unificación frente a los perjuicios morales irrogados con motivo de la privación injusta de la libertad?

Tesis: Si bien la parte demandante solicitó que se reconociera por perjuicios morales el tope máximo de trescientos (300) SMLMV por la gravedad de los hechos, la Sala encuentra que no hay lugar a dicho reconocimiento excepcional. Esto debido a que la víctima directa estuvo privada de la libertad por un período inferior a 1 año, exactamente 2 meses y 30 días, de los cuáles un poco más de la mitad (1 mes y 26 días) estuvo detenido en su domicilio. Además, está probado que una vez demostrada la inocencia de la víctima directa, se ordenó su libertad inmediata y se reconoció públicamente que había sido privado injustamente de su libertad. La liquidación de los perjuicios morales de la víctima directa se realizará con base en la duración de la detención del demandante S. L. T. y el descuento del 50% correspondiente al tiempo que estuvo detenido en su domicilio.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / LUCRO CESANTE / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Problema jurídico: ¿Cuáles son las reglas probatorias para la debida prueba de perjuicios?

Tesis: Salvo parcialmente mi voto respecto de lo decidido en la sentencia de 24 de abril de 2023, toda vez que, con base en las pruebas practicadas en el proceso de la referencia, no se demostró la existencia del perjuicio solicitado como lucro cesante. En la aludida providencia, se sostiene que, a partir de las manifestaciones realizadas por el entonces sindicado y lo “declarado” por Silvia Patricia Nieto Núñez, se constató que, Sigifredo López “ejercía su profesión como abogado en calidad de docente y litigante”. Inicialmente, en relación con su ocupación como docente, la misma sentencia descartó la capacidad demostrativa de la certificación emitida por la Universidad Santiago de Cali, como quiera que dicha institución informó que, el demandante principal estuvo vinculado laboralmente hasta el 29 de noviembre de 2009, es decir, una fecha bastante anterior al momento de su detención (que ocurrió en el año 2012). En consecuencia, se desconoce cuál fue el elemento de juicio que permitió establecer su actividad como docente, si no existe ninguna evidencia concreta acerca de la prestación de dichos servicios a alguna institución educativa. Si bien la sentencia de la referencia se apoya en lo “declarado” por Silvia Nieto, entendemos que este elemento en realidad tiene la naturaleza de un interrogatorio de parte y, según lo anotado en la misma providencia, no se observan datos específicos acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que Sigifredo Espinosa desarrollaba dicha actividad, más allá de decir que su esposo era “docente” (no se sabe en qué institución, para el momento de la detención) y daba conferencias a nivel nacional e internacional (sin que se conozca que se tratara de una actividad remunerada o no). Además, el fallo del que salvo el voto tampoco aclara por qué dicho interrogatorio de parte permitía demostrar el perjuicio alegado o, en concreto, el desempeño de una actividad económica. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 198 del Código General del Proceso, “[e]l juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso”

(subrayas fuera del texto). Al respecto, en la sentencia no se explica cómo, de la sola exposición de los hechos del proceso, era posible establecer la existencia de los perjuicios alegados por los mismos demandantes. Ahora, respecto de la aludida calidad de litigante, llama la atención que el propio sindicato no refiera ese ejercicio profesional, pero, a pesar de ello, se establezca algo distinto de la sola referencia (desprovista de cualquier detalle) que se hace en el interrogatorio de parte de Silvia Nieto acerca de que estaba “litigando (...) [y] tenía sus asesorías”. Lo anterior se refuerza cuando se hace el análisis del incremento del 25% de prestaciones sociales. En la providencia se sostiene que no se adiciona dicho concepto, “porque no se probó que la víctima directa tuviera una relación laboral con la Universidad Santiago de Cali como docente” (pár. 31.4). En consecuencia, resulta contradictorio que se aluda a esa institución cuando párrafos atrás se indicó que no se tendría en cuenta la certificación expedida por ese centro educativo, al informar “los cargos desempeñados por el demandante López Tobón antes de su secuestro y no al momento de su detención”. En conclusión, en palabras de la Sentencia de Unificación No. 44.572, estimo que, en este caso, no existía prueba suficiente que acreditara que “con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 24 de abril de 2023, C. P. Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz, radicación 25000-23-36-000-2015-00115-01\(60330\).](#)

2. Consejo de Estado define el medio procesal para adelantar el reconocimiento jurisdiccional de los valores de recobro ante el FOSYGA

Síntesis del caso: *La parte demandante solicita que la Nación – Ministerio de la Protección Social y los integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005 sean declarados patrimonialmente responsables y condenados a pagar los daños que le fueron ocasionados por el no pago total de medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS, los cuales prestó en cumplimiento de sentencias de tutela y decisiones del Comité Técnico Científico. La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de “ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción.*

RECOBRO AL FOSYGA / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD / FUENTE DEL DAÑO / ACTO ADMINISTRATIVO / PERJUICIO DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN

Problema jurídico 1: *¿Cuál es la acción procedente para reclamar los valores rechazados por recobro de las Entidades Promotoras de Salud?*

Tesis 1: En este caso particular, la fuente del daño cuya reparación reclama la parte demandante son las glosas mediante las cuales se rechazaron los recobros de los servicios no incluidos en el POS las cuales constituyen verdaderos actos administrativos, motivo por el cual su validez debe ser cuestionada a través del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) es claro que la fuente del supuesto daño cuya indemnización se reclama con la demanda deviene de las decisiones (glosas) que rechazaron el pago de los recobros presentados por EPS Sanitas, de manera que la acción de reparación directa no es la idónea para discutir la legalidad de las mismas ya que, se está frente a un acto administrativo que debió atacarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que se trata de una decisión administrativa que, por mandato legal, está amparada por una presunción de legalidad y que por tanto es de obligatorio cumplimiento mientras no sea de objeto de suspensión provisional o cuando menos de anulación por parte del juez competente, lo cual no acontece en el presente asunto. En consecuencia, desde el punto de vista material, la acción que debió interponerse era la de nulidad y de restablecimiento del derecho, razón por la cual la Sala encuentra que hubo una indebida escogencia de la acción, situación que torna improcedente un pronunciamiento de fondo por cuanto la adecuada escogencia de la acción constituye presupuesto de la sentencia de mérito, tal como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado, coadyuvado por el hecho de que las normas procesales son de orden público y por lo tanto de perentorio cumplimiento según lo dispuesto expresamente en el artículo 13 del CGP.

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACTO ADMINISTRATIVO / SOLICITUD DE RECOBRO AL FOSYGA / PERJUICIO DERIVADO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD / CONSORCIO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ALCANCE DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ACTIVIDADES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / FINALIDAD DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / RECURSOS PÚBLICOS / ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS / CONTRATACIÓN DE PERSONAS PRIVADAS QUE ADMINISTRAN RECURSOS PÚBLICOS / PERSONAS PRIVADAS QUE ADMINISTRAN RECURSOS PÚBLICOS / PARTICULAR EN EJERCICIO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / ACCIÓN DE RECOBRO / MODALIDADES DE RECOBRO AL FOSYGA / RECOBRO AL FOSYGA / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL / ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / CARACTERÍSTICAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / CONSTITUCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / EFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / MINISTERIO DE SALUD / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE SALUD / FACULTADES DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL / RESPONSABILIDAD DEL MINISTERIO DE SALUD / CONTRATO / CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ESTATAL / CONCEPTO DE CONTRATO ESTATAL / NATURALEZA DEL CONSORCIO / IMPROCEDENCIA DE RECOBRO AL FOSYGA

Problema jurídico 1: *¿Cuál es el criterio definitorio para determinar que las decisiones negativas de recobro son actos administrativos?*

Tesis 1: Comparto la decisión de la Sala, pero aclaro mi voto porque considero que se incurrió en un error al concluir que el autor de los actos administrativos de negativa frente a las solicitudes de recobro era el particular contratista que administraba el Fosyga, en este caso, el consorcio Fidufosyga 2005. Reitero la postura sostenida en la aclaración de voto de la Sentencia de unificación proferida el 20 de abril de 2023 por la Sala Plena de la Sección Tercera, expediente No. 55.085, en la cual indiqué que, afirmar que un particular ejerce función administrativa, porque administra recursos públicos (regla de dudosa corrección) no significa, por sí solo, que ese particular expida actos administrativos. Aunque la Corte Constitucional en la Sentencia C-510 de 2004 sostuvo que, el trámite de las solicitudes de recobro constituía un procedimiento administrativo especial, no afirmó que el acto administrativo definitivo lo adoptaba el particular contratista, como sí lo concluyó la presente sentencia. Tres razones me llevaron a sostener que los actos administrativos eran adoptados por el Ministerio de Salud y no por el consorcio: en primer lugar, el contrato no es, en principio, un medio idóneo para atribuir competencias para la expedición de actos administrativos. En segundo lugar, ninguna norma jurídica atribuyó tal competencia al consorcio contratista. Finalmente, ante la duda, bastaba con consultar el contenido de las comunicaciones del Consorcio Fidufosyga 2005 para concluir que allí mismo se reconocía que las decisiones que negaban definitivamente los recobros eran del Ministerio de Salud y Protección Social.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de junio de 2023, C. P. Freddy Hernando Ibarra Martínez, radicación 25000-23-26-000-2012-00853-01\(53300\).](#)

3. Condena extracontractual y patrimonial a la empresa de energía de Pereira S. A. ESP por lesiones sufridas por el demandante con ocasión del accidente que se produjo en la subestación eléctrica de Dosquebradas

Síntesis del caso: “[L]os demandantes pretenden la reparación patrimonial por las lesiones sufridas por el señor (...) ocurrida el 15 de septiembre de 2010 en la subestación eléctrica de Dosquebradas (Risaralda) con ocasión de una descarga eléctrica que produjo quemaduras en más del 50% de su cuerpo, el hecho tuvo lugar mientras la víctima desarrollaba labores de mantenimiento en condición de trabajador de la firma FYR Ingenieros Ltda, persona jurídica quien, a su vez, había suscrito un contrato con la Empresa de Energía de Pereira SA ESP para la adecuación y mantenimiento de estaciones y subestaciones eléctricas.”

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ELECTROCUCIÓN / LESIONES FÍSICAS / GRAVEDAD DE LAS LESIONES FÍSICAS / ACCIDENTE DE TRABAJO / CAUSAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / RESPONSABILIDAD DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / CULPA DEL EMPLEADOR / EMPRESA DE

DISTRIBUCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA / FALTA DE SUMINISTRO DE DOTACIONES / VALORACIÓN DEL RIESGO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / SALUD OCUPACIONAL / CONTRATISTA / SUBCONTRATISTA / RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA / MANTENIMIENTO DE LA RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Problema jurídico 1: ¿Se reúnen los elementos requeridos para declarar extracontractual y patrimonialmente responsable a la empresa demandada de las lesiones sufridas por el demandante, a raíz de una descarga eléctrica recibida cuando se disponía a ejercer labores de mantenimiento en una subestación eléctrica?

Tesis 1: “La sentencia apelada será modificada por cuanto, si bien le asiste razón al a quo en relación con la declaración de responsabilidad patrimonial del ente demandado, debido a la demostración de una falla del servicio por deficiencias relacionadas con la evaluación del riesgo respecto del lugar donde se realizarían los trabajos de mantenimiento, esta corporación no encuentra prueba alguna que indique, de manera inequívoca y fehaciente, que en la producción del hecho dañoso hubiere influido el comportamiento del demandante (...), circunstancia por la cual serán incrementados los perjuicios y montos de indemnización. (...) [P]ara la Sala son evidentes varias inconsistencias las cuales se consideran que fueron las causantes del accidente padecido por el demandante, a saber: (i) una insuficiente dotación de las herramientas necesarias para el desarrollo de la labor y, (ii) una inadecuada valoración de los riesgos. (...) [E]s claro que para la misión encomendada, esto es, el mantenimiento de la caja de comandos y del interruptor de línea existente en una de las bahías ubicada en la subestación eléctrica de Dosquebradas (Risaralda), no hubo una dotación adecuada de los elementos y herramientas de trabajo (...). [E]n cuanto a la inadecuada valoración de los riesgos, se encuentra lo siguiente: a) No hubo un debido estudio de los riesgos que comportaba el sitio a intervenir (...). El hecho de que la víctima fuera objeto de una descarga eléctrica obedeció a una falta de coordinación con el centro de control. (...) [L]a causa adecuada del daño se dio porque se procedió a energizar la línea de alta tensión sin que previamente hubiere una adecuada coordinación con los operarios que estaban adelantando el correspondiente mantenimiento. (...) Finalmente, como argumento adicional, se advierte que la empresa FYR Ingenieros Ltda se encontraba obligada a contar con una persona responsable de salud ocupacional (...). Se trata entonces de una serie de irregularidades que revelan la existencia de una falla del servicio y que constituyen la causa eficiente del daño que, por ende, llevan consigo a imputar la responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza de la Empresa de Energía de Pereira SA ESP por el 100% de los perjuicios.”

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO EN EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / CONDUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA / IMPROCEDENCIA DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / INAPLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA / OPERADOR DE RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / RIESGO PROPIO DEL SERVICIO / EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO / SUBCONTRATISTA / MANTENIMIENTO DE LA RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico 2: ¿El régimen de responsabilidad aplicable en eventos de daños causados por actividades peligrosas, a quienes prestan un servicio para la administración en ejecución de una actividad de alto riesgo, es el subjetivo de falla del servicio?

Tesis 2: “[S]i bien es cierto que en materia de conducción de energía eléctrica ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de valorar que por tratarse de una actividad peligrosa el título de imputación aplicable es el objetivo de riesgo excepcional, es importante distinguir para este caso que ello es así cuando la víctima es ajena dicha actividad, pero, el régimen de responsabilidad es distinto cuando la persona que sufre el daño es un operador que desarrolla una obra o presta un servicio para la administración de esa naturaleza (peligrosa) ya que, en estos eventos, se entiende que en la creación del riesgo participó voluntariamente el trabajador, de quien se predica que asumió el riesgo propio de la actividad. Para el asunto objeto de examen, está demostrado que (...) el señor (...) suscribió un contrato de trabajo con la empresa FYR Ingenieros Ltda para la prestación del servicio de operación, mantenimiento de subestaciones y plantas de generación eléctrica (...); la modalidad del contrato fue “por el tiempo que dure la obra o labor” debido a que, previamente, el 1º de enero de 2010, dicha firma celebró con la Empresa de Energía de Pereira SA ESP un contrato cuyo objeto consistió, justamente, en “la prestación del servicio de operación y mantenimiento de subestaciones y plantas de generación eléctricas de la Empresa de Energía de Pereira S.A. ESP, así como la operación del centro de control” (...). El hecho

anteriormente descrito significa que la víctima no era una persona ajena a la actividad riesgosa, por cuanto se desempeñaba como subcontratista encargado del mantenimiento de subestaciones y plantas de generación eléctrica, lo cual implica que en el asunto en cuestión el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo de falla del servicio y no el de riesgo excepcional, por tratarse de una actividad y riesgo previa y debidamente conocidos, los mismo que, autónoma, consciente y libremente aceptados como propios de la actividad laboral a desarrollar, por ser el riesgo consustancial y necesario a dicha actividad.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen de responsabilidad aplicable en eventos de daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2021, rad. 53838, M.P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia de 2 de marzo de 2020, rad. 48922, C. P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia de 28 de febrero de 2020, rad. 34750, M.P. Guillermo Sánchez Luque; sentencia de 9 de agosto de 2009, rad. 17957, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 14 de octubre de 2021, rad. 53448, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 3 de mayo de 2007, rad. 19420, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / INEXISTENCIA DE EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PRUEBA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / ELEMENTOS DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / REGLAMENTO TÉCNICO DE INSTALACIONES ELÉCTRICAS / REGULACIÓN DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA / ELECTROCUCIÓN / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA

Problema jurídico 3: *¿Se acreditó una falta de cuidado del trabajador al acercarse excesivamente a las líneas energizadas, que dé lugar a la configuración de responsabilidad de concurrencia de culpas?*

Tesis 3: “[E]n relación con los requisitos para el desarrollo de trabajos técnicos como el referido en los hechos de este caso, [las] reglas se encuentran consagradas en el artículo 19.5 del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas - RETIE adoptado por el Ministerio de Minas y Energía mediante Resolución 181294 del 6 de agosto de 2008 (...). [L]a existencia de la causal eximente de responsabilidad por el hecho exclusivo de la víctima debe estar debida, plena y suficientemente demostrada, no debe existir duda alguna sobre su ocurrencia, conclusión a la que no se puede llegar por el solo hecho de que el demandante haya sufrido una descarga eléctrica, más aún cuando en este caso una apreciación detallada del video aportado por la entidad demandada deja ver que [la víctima] (...) permanece durante un largo periodo de tiempo asegurando la escalera, aproximadamente unos 45 segundos, sin que durante todo ese lapso fuera alcanzado por ningún arco eléctrico, aspecto que como se expondrá a continuación, se explica suficientemente por la existencia de una serie de irregularidades (sic) que revelan una falla del servicio.”

DAÑO A LA SALUD / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / MONTO DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD / TASACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD / DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / RECONOCIMIENTO DE DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / LESIONES PERSONALES / DEFORMIDAD FÍSICA PERMANENTE / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / GRADO DE PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / SECUELA MÉDICA / ELECTROCUCIÓN / ACCIDENTE DE TRABAJO / INCREMENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Problema jurídico 4: *¿Procede el reconocimiento del daño a la salud por una suma mayor a los topes fijados jurisprudencialmente, en virtud de las secuelas permanentes e irreversibles sufridas por la víctima directa del accidente de trabajo?*

Tesis 4: “[L]as pruebas recaudadas en el proceso dan cuenta de que dicho trabajador sufrió quemaduras en más de la mitad de su cuerpo, lo cual le dejó cicatrices de gran extensión que le provocaron deformidad física que restringen su movilidad (...), por lo que se trata de secuelas permanentes e irreversibles que implican que la víctima vea mermada su capacidad para realizar actividades normales o rutinarias de la vida diaria en condiciones diferentes a las que se presentaban antes de la ocurrencia del accidente. Adicionalmente, se observa que el señor (...) presenta limitaciones o impedimentos para el desempeño de roles a los cuales se encontraba habituado con incidencia en factores sociales relacionados en este caso con el ejercicio de actividades deportivas, de esparcimiento e interacción con otras personas (...). Esa disminución considerable de la calidad de vida que limita el ejercicio de actividades diarias, básicas y placenteras amerita la aplicación de la regla de excepción fijada en la previamente citada sentencia de unificación sobre daño a la salud y permite la tasación de una suma mayor a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, razón por la cual por este perjuicio se reconocerán doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes para el momento de la ejecutoria de la presente sentencia.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el daño a la salud, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de octubre de 2022, rad. 49007, C. P. Alberto Montaña Plata.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de julio de 2023, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 66001-23-31-000-2012-00038-01\(61040\).](#)

Salvamento de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ELECTROCUCIÓN / LESIONES FÍSICAS / ACCIDENTE DE TRABAJO / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / PRUEBA DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / VALOR PROBATORIO DE LA PRUEBA PERICIAL / UTILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL / PERTINENCIA DE LA PRUEBA PERICIAL / MANTENIMIENTO DE LA RED DE ENERGÍA ELÉCTRICA / SUBESTACIÓN ELÉCTRICA / CONDUCTA DE LA VÍCTIMA / NEGLIGENCIA DEL TRABAJADOR / IMPRUDENCIA PROFESIONAL / AUSENCIA DE CULPA DEL EMPLEADOR / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Tesis 1: “No comparto la decisión de modificar la sentencia de primera instancia y condenar a la demandada al pago total de la indemnización. Estimo que la sentencia debió revocarse y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda porque no está probado que el accidente sufrido por la víctima directa mientras realizaba la labor de mantenimiento de la subestación eléctrica hubiera ocurrido por culpa del patrono. (...) En la providencia se desestima el dictamen pericial que afirma que las lesiones sufridas por la víctima se causaron por su culpa, debido a que no guardó la distancia mínima requerida respecto de las líneas de alta tensión. Tampoco se tiene en cuenta el documento rotulado como “investigación de incidentes de trabajo” elaborado por FYR Ingenieros Ltda., en el que se indica como causa del accidente que el trabajador realizó un acto inseguro porque “posicionó de manera incorrecta la escalera en el pórtico cerca al circuito energizado y no utilizó la escalera adecuada”. Sin embargo, la escalera no era necesaria porque el objeto del mantenimiento era la caja de comandos y la víctima directa podía acceder a ella sin necesidad de una escalera.”

PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL DUEÑO DE LA OBRA / BENEFICIARIO / RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA / CAUSAS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / RESPONSABILIDAD DEL ACCIDENTE DE TRABAJO / CULPA DEL EMPLEADOR / AUSENCIA DE CULPA DEL EMPLEADOR / INFERENCIA / CAUSA GENERADORA DEL DAÑO / CAUSA EFICIENTE DEL DAÑO

Tesis 2: “En este caso, la responsabilidad de la entidad demandada proviene del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de las indemnizaciones a que tengan derecho el trabajador. Y para declarar la responsabilidad, se debía probar que el accidente que sufrió la víctima directa y que le produjo quemaduras en el 50% de su cuerpo se causó por culpa del patrono. Lo que mi concepto no está probado en el proceso. (...) Considero que la condena a la empresa de energía se funda en “inferencias” y no en pruebas que demuestren que la lesiones fueron causadas por culpa del patrono. (...) La maniobra del trabajador, que se considera en la sentencia como “la causa adecuada del daño porque se procedió a energizar la línea de alta tensión sin que previamente hubiere una adecuada coordinación con los operarios que la estaban realizando” no fue culpa del patrono.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de julio de 2023, S. V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 66001-23-31-000-2012-00038-01\(61040\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ELECTROCUCIÓN / ACCIDENTE DE TRABAJO / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / FUNDAMENTO ESENCIAL DE LA SENTENCIA / FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA SENTENCIA / FUNDAMENTO PROBATORIO DE LA SENTENCIA / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Tesis 1: “En la sentencia se hicieron consideraciones que escapan al conocimiento del juez, especialmente en el apartado denominado “elementos a intervenir”, en el que, a partir de una foto, el ponente expone los elementos de una “bahía” de una “subestación”, y la función de los elementos denominados “gabinete de control”, “polos del interruptor”, “interruptor de potencia o de línea” y “seleccionador de barras”. Estos conceptos, estimo, escapan al entendimiento de quienes suscribimos la presente decisión. Prueba de lo anterior es que la falla del servicio se fundó en que los implementos de dotación no eran los adecuados, se dieron órdenes verbales que diferían de la orden escrita y hubo un error de coordinación con el centro operativo que podía desenergizar la estructura, situaciones todas fácilmente comprensibles. Es función del juez, en mi concepto, decidir cada caso de acuerdo con los elementos relevantes para la atribución de responsabilidad, y no, hacer consideraciones jurídicas generales y, menos aún, teóricas, sobre áreas del conocimiento que le son ajenas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de julio de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 66001-23-31-000-2012-00038-01\(61040\).](#)

4. Se niegan pretensiones del medio de control de reparación directa que tenían como fin reclamar indemnización de los daños derivados de la ejecución de actos de contenido electoral y del acto de elección que fueron declarados nulos por la Sección Quinta de esta Corporación

Síntesis del caso: *“La parte actora estima que la Organización Electoral, conformada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, incurrieron en una falla en el servicio en el proceso de revisión de los escrutinios de Senado de la República para el período constitucional 2010-2014, por cuanto, excluyeron irregularmente los votos obtenidos por la candidata Astrid Sánchez Montes De Oca, en el departamento del Chocó, impidiendo que accediera inicialmente a la curul. Posteriormente, la Sección Quinta del Consejo de Estado anuló el acto que declaró la composición del Senado de la República, así como, los actos de contenido electoral que implicaron la modificación del orden de la votación y ordenó un nuevo escrutinio, que concluyó con la declaración de su elección.”*

FALTA DE CERTEZA DE LA OCURRENCIA DEL DAÑO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / EXISTENCIA DEL DAÑO / ACTO DE ELECCIÓN POPULAR / ACTO ELECTORAL / NULIDAD DEL ACTO ELECTORAL / ALCANCE DEL ACTO ELECTORAL / MERA EXPECTATIVA DE DERECHOS DE LA PERSONA / SITUACIÓN JURÍDICA NO CONSOLIDADA / IMPROCEDENCIA DEL DERECHO ADQUIRIDO / INEXISTENCIA DEL DERECHO ADQUIRIDO / INADMISIBILIDAD DEL DERECHO ADQUIRIDO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Problema jurídico 1: *¿Se acreditó la existencia del daño antijurídico?*

Tesis 1: “[N]o existe certeza de la causación del daño reclamado. Si bien la Sección Quinta de esta Corporación declaró la nulidad del acto de elección y de los actos de contenido electoral que excluyeron parte de la votación obtenida por la aquí demandante durante la etapa poselectoral, lo cierto es que el derecho subjetivo de la candidata de acceder a la curul y percibir los salarios y demás emolumentos propios de dicho cargo, solo surgió con la declaración de su elección y posesión, puesto que antes de ello solo tenía una expectativa de acceder al cargo. Al respecto, no puede perderse de vista que, la contienda democrática lo que persigue es el exaltamiento del interés general exteriorizado en las urnas y la prevalencia de los derechos del electorado, por sobre el eventual derecho de acceso a un cargo por parte del candidato, de ahí que el surgimiento de este último solo se produzca con la culminación del proceso electoral, incluidos sus mecanismos de control administrativo y judicial, motivo por el cual, en dicho escenario no hay lugar a indemnizar una oportunidad frustrada de acceder a un cargo de elección popular. Ni siquiera podría afirmarse la existencia de una expectativa legítima, toda vez que, únicamente le era viable acceder al derecho con la declaración de la elección, al demostrarse que había obtenido la votación suficiente para ocupar una de las curules asignadas a su partido político, lo que sólo se posibilitó, en primer

lugar, con la destitución del candidato que la superaba en la lista y, posteriormente, con la sentencia del 10 de mayo de 2013 proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, mediante la cual se realizó el análisis de legalidad del proceso de elección. (...) [N]o es factible que se ordene el pago de los emolumentos dejados de percibir por la hoy demandante desde el 20 de julio de 2010, hasta la fecha en que tomó posesión del cargo, pues es claro que en dicho interregno solo tenía una mera expectativa de acceder a la curul, lo que sólo se posibilitó con el control judicial del acto electoral y la realización de un nuevo escrutinio. (...) [L]a demandante no puede predicar la existencia de un daño cierto, concreto y personal que pueda ser indemnizable, en tanto que durante el lapso en que se surtió el proceso administrativo y el contencioso electoral, no demostró tener un derecho adquirido de acceder a la curul desde el inicio del período constitucional, lo que ubica su menoscabo en el campo de lo eventual o hipotético, por lo que, en consecuencia, se impone revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.”

PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CARACTERÍSTICAS DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / FINALIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / NATURALEZA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / ACTO ELECTORAL / NULIDAD DEL ACTO ELECTORAL

Problema jurídico 2: *¿Procede el medio de control de reparación directa para solicitar el resarcimiento de los perjuicios derivados de los efectos producidos por un acto electoral declarado nulo, siempre que no se pretenda controvertir su legalidad?*

Tesis 2: “La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la viabilidad del medio de control de reparación directa para solicitar el resarcimiento de los perjuicios derivados de los efectos producidos por un acto electoral declarado nulo, siempre que no se pretenda controvertir su legalidad, sino obtener la indemnización de los daños producidos mientras surtió efectos. Ello es así, en virtud de la finalidad de la acción de nulidad electoral, hoy medio de control, por cuanto se limita a permitir el examen judicial de legalidad de los actos de elección mediante su confrontación con el ordenamiento jurídico en sentido abstracto, a efectos de garantizar la transparencia del sufragio y la igualdad entre los candidatos, principios esenciales de la democracia misma, sin traer aparejada la posibilidad de obtener la reparación de los eventuales daños de tipo subjetivo que pudieran derivarse de tal anulación. En efecto, cuando se declara la nulidad de un acto electoral, puede el juez disponer la realización de un nuevo escrutinio con el fin de que el acto que declara la elección se ajuste a la legalidad, en aras de garantizar la democracia misma, y todos los valores que junto con ella garantizan que el principio de soberanía popular no se vea ensombrecido por factores que alteren la transparencia y probidad de la contienda, como formas de garantía en abstracto del derecho fundamental a elegir y ser elegido, y como forma de expresión del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40 de la Constitución Política); sin embargo, no tiene la posibilidad de ordenar el resarcimiento de los supuestos perjuicios de otro tipo que el acto anulado hubiera podido generar durante su vigencia. (...) [C]omo en el presente asunto se reclama la indemnización de los daños derivados de la ejecución de actos de contenido electoral y del acto de elección que a la postre fueron declarados nulos por la Sección Quinta de esta Corporación, se advierte que el medio de control de reparación directa es procedente para encauzar las pretensiones de la demandante.”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de la procedencia del medio de control de reparación directa por daños causados por actos electorales, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, rad. 16421, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 5 de marzo de 2015, rad. 34356, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia de 10 de diciembre de 2018, rad. 39546 M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; auto de 25 de julio de 2007, rad. 33013, M.P. Enrique Gil Botero; y sentencia de 5 de marzo de 2015, rad. 34356, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de junio de 2023, C. P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-36-000-2015-01917-02\(59531\).](#)

Salvamento de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

SALVAMENTO DE VOTO / ACTO ELECTORAL / FUENTE DEL DAÑO / LEGALIDAD DEL ACTO ELECTORAL / NULIDAD DEL ACTO ELECTORAL / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / FINALIDAD DE LA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / OBJETO DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Tesis 1: “Me aparto del razonamiento de la Subsección en lo relacionado con la procedencia del medio de control, por cuanto considero que las pretensiones de la parte actora no eran propias del medio de control de reparación directa, sino del de nulidad y restablecimiento del derecho, que es el idóneo cuando, además de cuestionar la legalidad del acto electoral, se pretende la protección de un derecho subjetivo, junto con la indemnización de los daños causados. La escogencia de las acciones o medios de control, según el régimen procesal, en ejercicio de las cuales se deben tramitar los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción no depende de la discrecionalidad del demandante, sino del origen del perjuicio alegado y del fin pretendido, de ahí que, al margen de que se trate de un asunto pasible de ser tramitado en los términos de una pretensión de carácter general como la nulidad electoral, lo cierto es que si el interés de la demandante giraba en torno a sus prerrogativas individuales, lo que le correspondía era demandar en interés particular, escenario en el que debía cuestionar la legalidad de las decisiones que la afectaron, con la consecuente solicitud de restablecimiento del derecho y/o indemnización de los daños causados. Al margen de tipo de pretensión invocada en la demanda, al operador judicial le corresponde determinar si el petitum es susceptible o no de ser tramitado en los términos planteados por la parte actora, por tal razón, en los casos en los que se ejerce formalmente un medio de control, pero se invoca como fuente del daño un supuesto propio de otro, el juez debe encauzar las pretensiones con observancia del segundo evento. De este modo, cuando se pide una indemnización por la vía de la reparación directa, pero el sustento del petitum es la ilegalidad de un acto administrativo que afectó intereses subjetivos, al margen de lo dicho por el actor, se debe tomar en consideración el fin perseguido y el asunto se debe tramitar en los términos propios de la nulidad y restablecimiento del derecho, decisión que la Sala debió adoptar en el sub lite, pero se abstuvo de proceder de conformidad, lo que no comparto. (...) [S]i la [demandante] consideraba que los actos administrativos electorales que demandó en aquella época -2010-, en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral, afectaban su situación particular, de ahí que su interés no estuviese limitado a la protección de la legalidad, sino, además, a que se declarara su elección con efectos desde el inicio de la legislatura, con el consecuente pago de salarios, debió promover la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho desde que estuvo al tanto de las determinaciones adoptadas por la demandada, sin que resulte procedente la reparación directa ejercida en el asunto de la referencia.

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a la procedencia de la nulidad y restablecimiento del derecho respecto a actos electorales, cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 1 de julio de 2014, rad. 81001-23-33-000-2012-00039-02, M.P. Alberto Yepes Barreiro; providencia de 29 de noviembre de 2021, rad. 25000-23-41-000-2021-00908-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra; Sección Segunda, sentencia de 14 de enero de 2022, rad. 3710-2019, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.”

REPARACIÓN DEL DAÑO / FUENTE DE REPARACIÓN DEL DAÑO / FUENTE DEL DAÑO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / INDEBIDA ESCOGENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PRETENSIONES DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Tesis 2: “Lo relacionado con el pago de los salarios no es un aspecto ajeno a la pretensión de legalidad subjetiva, porque por su intermedio, además del cuestionamiento del acto administrativo, se puede solicitar: i) el restablecimiento del derecho -salvo que sea automático, evento en el que no es necesario pedirlo-, y/o ii) la indemnización de los perjuicios causados (...). [E]l Consejo de Estado ha establecido que los daños causados a los ciudadanos no solo son reparables por medio de la pretensión de reparación directa, sino que, para tal fin, en aplicación del inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política, también resulta idónea la de nulidad y restablecimiento del derecho. El hecho de que la demandante no ejerciera la nulidad y restablecimiento del derecho una vez conoció las resoluciones electorales que la afectaron, sino que, en su lugar, optara por demandar a través de la pretensión electoral, no la habilitó para que, una vez declarada la nulidad con su consecuente elección, ejerciera de manera independiente la reparación directa, con el fin de “solicitar que se le repare el daño”, porque, se insiste, para tal fin contaba con una pretensión que desde la época de los hechos le permitía formular el petitum en su integridad y demandar de tal manera que sus intereses subjetivos fueran protegidos, pero no lo hizo, de ahí que deba asumir las consecuencias de su omisión. Frente a una misma situación no proceden dos pretensiones distintas, a elección de quien demanda, dado que las vías procesales en nuestro ordenamiento han sido definidas con finalidades autónomas e independientes, de ahí que no resulte de recibo que quien omitió pedir la indemnización del daño causado por un acto administrativo ilegal en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, luego la reclame de manera independiente y a través de la reparación directa, porque, se reitera, la pretensión idónea en esos casos es la de legalidad subjetiva, por cuyo intermedio se

deben formular las súplicas que resulten necesarias para restablecer y/o reparar los derechos particulares vulnerados. En esencia, lo que en el sub lite pretende la parte actora, bajo una pretensión formal de reparación directa, es que materialmente se acceda a la indemnización que debió solicitar en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que no es posible, porque lo que le correspondía a la [demandante] era demandar en el término de ley la nulidad de las resoluciones que afectaron su situación particular y allí formular el reclamo indemnizatorio por las pérdidas salariales que habría sufrido, sin que la omisión en ese sentido sea susceptible de ser subsanada a través de la reparación directa, que debió declararse improcedente en este asunto por parte de la Subsección, pero no se procedió en tales términos.”

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a la procedencia del pago de salarios en el medio de control de nulidad de restablecimiento del derecho, cita Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de febrero de 2020, rad. 51534, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico y de la Corte Constitucional, sentencia T 945 del 2 de octubre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 20 de junio de 2023, S. V. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-36-000-2015-01917-02\(59531\).](#)

5. En el medio de control de repetición, el demandante debe especificar la presunción concreta de culpa grave o dolo con base en la cual atribuye responsabilidad al servidor o exservidor público.

Síntesis del caso: *Un departamento resultó condenado en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por la declaración de insubsistencia de un funcionario. El departamento pretende se declare la responsabilidad, a título de culpa grave, del exgobernador que expidió el acto de insubsistencia declarado nulo y que dio origen al pago de la condena.*

MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN CONTRA SERVIDOR PÚBLICO / MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN POR CONDENA JUDICIAL / VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO / LEY 678 DE 2001 / PRESUNCIÓN DE CULPA GRAVE / PRESUNCIÓN DE DOLO / DEBERES DEL DEMANDANTE

Problema jurídico: *¿En el medio de control de repetición el demandante debe especificar la presunción concreta de culpa grave o dolo con base en la cual atribuye responsabilidad al servidor o exservidor público?*

Tesis: “[E]l régimen jurídico aplicable para determinar la responsabilidad del demandado y, por ende, establecer si actuó con culpa grave, es el vigente a la fecha en que los hechos ocurrieron, por tanto habría lugar a acudir a las presunciones establecidas en esta materia por la Ley 678 de 2001. Sin embargo, en este proceso, el ente actor incumplió la carga de especificar la presunción concreta a partir de la cual le atribuyó responsabilidad al servidor o ex servidor público. Como lo ha precisado la jurisprudencia administrativa, esta carga se impone como garantía del derecho de defensa y contradicción del demandado en repetición, el cual se encuentra en una posición procesal desventajosa, como consecuencia de la inversión probatoria que envuelven las presunciones de culpa grave y dolo previstas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001. Como efecto natural de la omisión de esta carga procesal, las presunciones de dolo y culpa grave referidas se han inaplicado, dando paso a un análisis general del elemento subjetivo de la responsabilidad por repetición. En consecuencia, en este asunto no cabe la aplicación de las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la carga del demandante de especificar la presunción concreta de culpa grave o dolo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de octubre de 2021, rad. 56777, M.P. Fredy Ibarra Martínez; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de julio de 2021, rad. 51498 M.P. José Roberto Sáchica Méndez, y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de agosto de 2022, rad. 57229, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de agosto de 2023, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 13001-23-33-000-2014-00278-01\(60870\).](#)

6. Fiscalía General de la Nación es condenada patrimonialmente por indebida protección a víctima de violencia intrafamiliar

Síntesis del caso: *Se analiza la sentencia que declaró la responsabilidad de la demandada por una falla del servicio donde a falta de adopción de medidas de protección por parte de la Fiscalía respecto de la denunciante de violencia intrafamiliar llevó a que su compañero permanente le causara su muerte.*

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA / PROSPERIDAD PARCIAL DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PROSPERIDAD DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / OMISIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / VIOLENCIA INTRAFAMILIAR / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / VIOLENCIA CONTRA LA MUJER / OBLIGACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / VIOLENCIA DOMÉSTICA CONTRA LA MUJER / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico: *¿Cuáles son los fundamentos jurídicos de responsabilidad estatal dentro de la función jurisdiccional?*

Tesis: La Sala confirmará la sentencia consultada, habida cuenta de que se halla probada la falla del servicio por omisión de la demandada respecto de sus deberes de protección de la víctima de violencia intrafamiliar, la cual estuvo directamente relacionada con su muerte, tal como lo concluyó el a quo. (...) En relación con las obligaciones de la Fiscalía en este tipo de delitos relativos a la violencia intrafamiliar y contra la mujer, en el artículo 250 de la Constitución Política, y en los artículos 114 y 136 del Código de Procedimiento Penal, se estableció que la Fiscalía General de la Nación además de las atribuciones investigativas y la iniciativa para promover la acusación de los autores de delitos que suponen violencia intrafamiliar, se le confirió unas obligaciones especiales respecto de la víctima, que se recogen en el artículo 133 del Código de Procedimiento Penal (...). También resulta importante precisar que el deber del Estado de garantizar la protección de las mujeres de hechos de violencia doméstica es predicable respecto de todas las autoridades que tengan conocimiento de la situación de riesgo y la Ley 1257 de 2008 "[p]or la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones", dispone en su artículo 8 como un derecho de las víctimas, el de recibir orientación, asesoramiento jurídico y asistencia técnica legal, inmediato y especializado desde el momento en que el hecho constitutivo de violencia se ponga en conocimiento de la autoridad. El anterior recuento normativo expone un amplio catálogo de deberes que obliga a las autoridades, especialmente, a la Fiscalía General de la Nación, a adoptar medidas positivas tendientes al logro de la protección efectiva de las víctimas de violencia intrafamiliar, especialmente contra las mujeres. De ahí que, tanto los fiscales como los jueces están compelidos al estudio de las pruebas en el marco de estas circunstancias, especialmente cuando existan indicios de que la lesión a los derechos de las mujeres provenga de sus parejas o exparejas o se soporte en antecedentes de violencia intrafamiliar, entre las que se comprende tanto la violencia física como la psicológica. Asimismo, el artículo 229 del Código Penal, al tipificar el delito de violencia intrafamiliar, dispone que el que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá en prisión de 4 a 8 años, siempre y cuando la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor y que la pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes cuando la conducta recaiga en una mujer. De modo que, la pena mínima para el tipo penal de violencia intrafamiliar correspondía a 4 años y, al ser una mujer la víctima de la conducta, la pena aumentaría hasta en un mínimo de 6 años, razón por la cual, en aplicación del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, el fiscal bien pudo haber solicitado una medida de aseguramiento para el señor (victimario), ello, al margen del estudio de que el indiciado podía constituir un peligro para la víctima (artículo 311 C.P.P.), máxime los hechos narrados en la denuncia, en la que puso de presente la amenaza contra su vida con un arma de fuego en repetidas ocasiones. Contrario a los deberes referidos, la Fiscalía 18 Local de Cartagena se limitó a citar a una audiencia de conciliación al agresor para el 18 de septiembre siguiente, a la cual no asistió, absteniéndose de manera injustificada de adoptar medidas de protección para garantizar la vida e integridad personal de la denunciante y su hijo menor. Para la Sala, la omisión referida se sitúa en la causa estructurante de la antijuridicidad del daño, representada en la muerte ocasionada a la señora (víctima), pues si bien su compañero permanente fue el autor material de la misma, tal omisión facilitó la comisión de este ilícito. (...) Debe resaltarse que el conocimiento previo de la autoridad pública demandada sobre el riesgo por violencia intrafamiliar y de género que afrontaba la denunciante está probado. Ante este conocimiento, la Fiscalía no podía soslayar su deber de protección inmediata más aun cuando -por el relato de los hechos- se trataba de una

ciudadana que por su condición económica, social y cultural se encontraba en manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad. (...) la Sala infiere que en el presente caso se encuentra acreditada la falla del servicio por omisión de los deberes constitucionales, convencionales y legales por parte de la Fiscalía General de la Nación de adoptar medidas de protección efectivas que pudieron evitar la consumación de las amenazas contra la denunciante de violencia intrafamiliar por su compañero permanente, las cuales finalmente se concretaron con la muerte de la (víctima) el 20 de septiembre de 2008.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACLARACIÓN DE VOTO / CESIÓN DE DERECHO LITIGIOSO / ABOGADO / PROCESO DISCIPLINARIO / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DISCIPLINARIA / FALTA DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / SANCIONES AL ABOGADO

Problema jurídico: *¿La presunta falta disciplinaria puede determinar la falta de interés jurídico para interponer el recurso de apelación?*

Tesis: La Subsección concluyó que al abogado al que los actores le cedieron el 15% de sus derechos litigiosos no le asistía un interés “legítimo” para actuar en este asunto, por haber sido apoderado de los cedentes en la primera etapa del proceso, lo que daba cuenta de una eventual falta disciplinaria, razonamiento que no comparto, por lo siguiente. En primer lugar, la parte actora, a pesar de ser procedente, no apeló la decisión de primera instancia que admitió al cesionario como su litisconsorte, lo que plantea interrogantes frente a la competencia de la Sala para abordar ese punto. En segundo lugar, la determinación de primera instancia tuvo como fundamento el contrato suscrito para tal fin y el cumplimiento de la normativa que regula la cesión de derechos litigiosos, en concreto, los artículos 1969 del Código Civil y 60 del Código de Procedimiento Civil, el cual señala que “[e]l adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular”. A su vez, en esta instancia, la Subsección consideró que el abogado que, inicialmente, fue apoderado de los actores, al aceptar una cesión del 15% de los derechos litigiosos “como contraprestación por los servicios jurídicos prestados”, “pudo haber desatendido los linderos del código de la abogacía”, en concreto, las normas que impiden que un abogado adquiera de su cliente parte su interés en la causa, salvo en lo que corresponda a la equitativa retribución de sus servicios y de los gastos en que incurrió durante el proceso. Así las cosas, la decisión de la Sala de no aceptar al cesionario como litisconsorte no se sustentó en el incumplimiento de alguna de las reglas establecidas en las normas sustanciales y procesales que rigen el asunto y que fueron el sustento de la decisión de primera instancia, sino por una eventual falta del abogado, aspecto que no le corresponde determinar a la jurisdicción contencioso administrativo, sino a las autoridades disciplinarias pertinentes, quienes son las facultadas para investigar y sancionar tales conductas. De otro lado, al cesionario se le reprocha por haber “abandonando, sin explicación conocida, el interés de quienes lo contrataron y remuneraron con la aludida cesión”, afirmación que tampoco se comparte, pues la cesión y la renuncia del entonces apoderado estuvieron precedidas de su nombramiento como servidor público de carrera administrativa en la Contraloría General de la República, según resolución del 23 de julio de 2013, acto administrativo anterior a la sentencia de primera instancia, que fue proferida el 16 de abril de 2015. En los anteriores términos explico las razones por las cuales me aparto en el punto analizado de las consideraciones de la Sala, sin perjuicio de compartir la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 8 de mayo de 2023, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación 13001-23-31-000-2010-00793-01\(55717\).](#)

7. Condena a la Fiscalía General de la Nación por privación injusta de la libertad a título de falla del servicio, al evidenciarse que la medida de aseguramiento que se impuso no estaba ajustada a derecho.

Síntesis del caso: *“Se afirma que, en el marco de un proceso penal por el delito de concierto para delinquir agravado, [el demandante] (...) fue privado injustamente de su libertad y retirado del servicio activo de las fuerzas militares, circunstancias que le ocasionaron perjuicios a él y a sus familiares.*”

CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / DETENCIÓN PREVENTIVA DE LA LIBERTAD / IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / PRINCIPIO DE LEGALIDAD / PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / NECESIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO

Problema jurídico 1: *¿Se configuró la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad bajo el título de imputación de falla del servicio?*

Tesis 1: “[Se] confirmará la responsabilidad de la Fiscalía, pero no con fundamento en un régimen objetivo de responsabilidad, como lo hizo el Tribunal Administrativo, sino porque la medida de aseguramiento que se le impuso [al demandante] no estuvo ajustada a derecho. Con lo anterior, esta Subsección no está variando la causa petendi que se planteó desde la demanda. (...) [E]ra deber de la Fiscalía, en la etapa de investigación, a través de su Policía Judicial, practicar, recaudar y examinar de manera exhaustiva todas y cada una de las piezas procesales con el fin de verificar la identidad de los miembros de la fuerza pública que prestaban su colaboración a las organizaciones delincuenciales denominadas “Los Traquetos” y “Los Paisas”. (...) Desde esa perspectiva, resulta razonable afirmar que la medida de aseguramiento no atendió al principio de legalidad, por cuanto desconoció los parámetros fijados por el legislador para la adopción de este tipo de determinaciones. Tampoco fue razonable ni proporcional, puesto que, al margen de la gravedad del delito que se investigaba, lo concreto es que la fiscalía carecía de elementos probatorios o indicios que involucraran a [la víctima] con el delito de concierto para delinquir. No sobra decir que nada impedía a la autoridad judicial adelantar la investigación, sin restringir la libertad del hoy demandante, hasta que se cumplieran las condiciones para emitir decisión en tal sentido, lo cual no ocurrió, motivo por el cual hay lugar a concluir que la medida de aseguramiento no atendió al criterio de necesidad. Por todo lo expuesto, no prospera el recurso de apelación de la Fiscalía, pues se probó que el daño alegado en la demanda sí le resulta imputable, a título de falla del servicio.”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de los presupuestos para la imposición de la medida de aseguramiento, cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de marzo de 2023, rad. 50432, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

SENTENCIA COMPLEMENTARIA / SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA / CLASES DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / FORMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / FUENTE DEL DAÑO / ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA DE LA NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DESVINCULACIÓN DEL EJERCITO NACIONAL / ALCANCE DE LA CARGA DE LA PRUEBA / APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Problema jurídico 2: *¿Es procedente imputar responsabilidad patrimonial a la Fiscalía General de la Nación por vincular al demandante a una investigación penal, lo que le ocasionó, según el demandante, la expedición del acto administrativo que produjo su retiro del Ejército Nacional?*

Tesis 2: “[A]nte el total silencio del a quo sobre el segundo de los daños (...), le corresponde complementar la sentencia del 19 de noviembre de 2015. (...) [P]or la expedición de la decisión que vinculó [al actor] a una investigación penal porque, a su juicio, ello fue lo que ocasionó su retiro del Ejército Nacional (...). Entonces, según la misma argumentación de la demanda, el origen del menoscabo por cuya indemnización se demandó se concretó, en realidad, con la expedición de la Resolución número 630 de 19 de abril de 2008, acto administrativo que, según la parte actora fue expedido con falsa motivación. Resulta indiscutible que los argumentos a partir de los cuales se pretende erigir la responsabilidad del Estado devienen de cuestionamientos a los fundamentos de hecho del acto administrativo mencionado, el que, por esa razón, debió ser controvertido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y dentro del término de caducidad pertinente. En estas condiciones, no se demandó al Ejército Nacional por el retiro [del demandante] de las fuerzas militares, sino que, además, se formuló como una pretensión de reparación directa, pese a que no resultaba ser el mecanismo procesal idóneo para ventilar esa reclamación. (...) [N]o se probó, ni siquiera indiciariamente, que la determinación de retiro se adoptó como represalia de la investigación penal que se adelantaba en contra del demandante, no solo porque esa resolución no mencionó nada al respecto -únicamente indicó que el retiro se presentaba como consecuencia de la facultad consagrada en el Decreto 1428 de 2007, que

permitía el retiro de los oficiales y suboficiales en cualquier tiempo, por razones del servicio-, sino que, además, se desconocen las razones por las que comité de evaluación emitió una recomendación en ese sentido -a este proceso ni siquiera se aportó el Acta número 362 de 2008-. Aunque no ignora la Sala que transcurrieron pocos días entre expedición de la providencia que vinculó a [la víctima] al proceso penal aludido -11 de abril de 2008- y la decisión que lo retiró del Ejército -19 de abril de 2008-, ello no exoneraba a la parte demandante de la carga de acreditar ese hecho, que era objeto de controversia -que su retiro obedeció exclusivamente a la investigación penal- mediante medios de convicción que cumplieran con los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y licitud -artículo 177 de Código de Procedimiento Civil-; pruebas que, en el sub lite, brillan por su ausencia.”

NOTA DE RELATORÍA: Respecto a la falsa motivación del acto administrativo, cita: Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 12 de febrero de 2014, rad. 27776, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / FACULTADES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / LÍMITES DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / RECURSO DE APELACIÓN / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / ARGUMENTO EN EL RECURSO DE APELACIÓN / OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN / CAUSALES DE LA REFORMATIO IN PEJUS / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS

Problema jurídico 3: *¿El marco fundamental de competencia del Juez de segunda instancia en materia de indemnización de perjuicios, se circunscribe a lo estipulado en el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia, lo que puede implicar conceder perjuicios que fueron negados, confirmar la condena del a quo, y/o disminuir e, incluso, revocar la indemnización de perjuicios concedida en primera instancia?*

Tesis 3: “[R]esulta pertinente advertir tres posibles escenarios, que definen la competencia del juez de segunda instancia en materia de indemnización de perjuicios. El primer evento se presenta cuando la entidad pública funge como apelante única. La Sala Plena de esta Sección determinó que, apelado un aspecto general de la sentencia, como el de la responsabilidad, el ad quem también adquiere competencia para analizar aspectos específicos que guarden relación con el punto principal, como el de los perjuicios. En ese orden de ideas, la apelación de responsabilidad de la entidad demandada habilita la revisión íntegra de la indemnización, sin que el Superior pueda agravar la situación de la entidad pública que apeló. El segundo evento se configura cuando la parte actora figura como apelante única; en ese escenario el ad quem se limita a estudiar los argumentos que guarden relación con la indemnización de perjuicios y que fueron atacados por la parte recurrente, sin que se pueda desmejorar su situación jurídica, en virtud del principio de la no reformatio in pejus, consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política. El tercer evento se presenta cuando ambas partes -demandante y demandada- apelan. Este caso no puede entenderse como una habilitación plena para que el ad quem defina el asunto sin sujeción a lo dicho por el a quo o a los argumentos invocados por las partes que apelaron, sino como una circunstancia ante la cual no resulta aplicable, como en los eventos anteriores, la garantía constitucional de la de la non reformatio in pejus. Entonces, al ad quem le corresponde estudiar, únicamente, los cargos que fueron atacados en los respectivos recursos de apelación, lo que puede implicar: (i) conceder perjuicios que fueron negados; (ii) confirmar la condena del a quo, y/o (iii) disminuir e, incluso, revocar la indemnización de perjuicios concedida en primera instancia. No sobra decir que lo que no fue objeto de apelación en materia de indemnización de perjuicios queda fijado con la decisión de primera instancia. Teniendo en cuenta que el sub lite se enmarca en el último de los supuestos mencionados, la Subsección se pronunciará sobre aquellos puntos que fueron atacados en el recurso de apelación que presentó la parte actora.”

NOTA DE RELATORÍA: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 abril de 2018, rad. 46005, M.P. Danilo Rojas Betancourth; providencia de 4 de junio de 2021, rad. 45667, M.P. María Adriana Marín; sentencia de 9 de abril de 2021, rad. 62574, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; providencia de 5 de febrero de 2021, rad. 63130, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; y providencia de 30 de junio de 2016, rad. 39808, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / BENEFICIARIO DEL PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / CÁLCULO DE LA TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / FACTORES DE DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / FIJACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO

DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PARÁMETROS PARA LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / APLICACIÓN DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REITERACIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico 4: *¿Procede la reducción de la indemnización del perjuicio moral, en aplicación de los criterios fijados por la Sala en sentencia de unificación?*

Tesis 4: “[E]n aplicación de la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021, proferida por la Sala Plena de esta Sección, lo procedente, en esta instancia, es modificar la indemnización reconocida en la primera instancia, pero no para aumentarla sino para reducirla, por dos razones. La primera, que atendiendo a la sentencia de unificación mencionada y a la fórmula (...), lo que le corresponde a la víctima directa (...) es el equivalente a 5,66 SMLMV. monto inferior al reconocido por el a quo. La segunda, que, aunque en virtud de la providencia de unificación del 29 de noviembre de 2021 sí es posible inferir la causación de perjuicios morales para el hijo (...) los padres (...) y la cónyuge (...) a tales víctimas indirectas les corresponde un 50% de lo reconocido en favor del directamente afectado (...). Lo anterior porque, según el criterio unificado de esta Sección, la privación de la libertad, para el que la padece, implica sobrellevar una situación de hecho permanente -no poder realizar sus labores cotidianas; no vivir en su casa de habitación; no estar con sus seres queridos; no poder circular libremente; no poder autodeterminarse; y convivir con desconocidos-, luego, la intensidad del perjuicio de quien fue el sujeto de la restricción de su libertad es mayor a la de aquellos que no padecieron personalmente la detención (...). En lo relacionado con los aspectos que, a juicio del recurrente, debían examinarse por esta Sala -como las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad del actor, la gravedad del delito por el cual fue investigado y su posición social de quien- debe precisarse que el cálculo del perjuicio moral de la víctima directa y de las indirectas se realiza atendiendo a las nuevas reglas para su reconocimiento en los eventos de privación injusta de la libertad, parámetros que resultan aplicables al presente caso, según las consideraciones expuestas en la sentencia de unificación del 29 de noviembre de 2021. No sobra agregar que aunque en esa decisión sí se dijo que los topes establecidos podían ser superados, ello solo ocurriría cuando se acreditaran circunstancias que evidenciaran una gravedad o una intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o por las víctimas indirectas de la detención, sin que advierta esta Sala algún medio probatorio que dé cuenta, en este caso, de circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención y/o relacionadas con el delito de concierto para delinquir, por el cual fue investigado [el demandante], que ameriten el reconocimiento de una indemnización superior. En las condiciones analizadas, no prospera el cargo de apelación relacionado con el incremento de lo reconocido por perjuicios morales en sede de primera instancia, y hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia, en el sentido de disminuir los montos.”

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de los presupuestos para el reconocimiento del perjuicio moral por privación injusta de la libertad, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación de 29 de noviembre de 2021, rad. 46681, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de julio de 2023, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-26-000-2010-00642-01\(58473\).](#)

8. En el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, la causal alegada será la que estructure la cadena argumentativa de la impugnación y no el nombre o denominación que se le dé, además se recuerda que solo recae sobre errores in procedendo.

Síntesis del caso: “La Unión Temporal Dadle Vosotros de Comer presentó demanda arbitral y solicitó la integración de un Tribunal de Arbitramento con el fin de dirimir controversias originadas con ocasión del convenio de asociación No. 0133 celebrado entre el municipio de San José de Cúcuta y la Unión Temporal Dadle Vosotros de Comer -confirmada por la Corporación Social y Educativa Paz y Futuro y la Corporación de Servicio Pastoral Social de la Diócesis de Cúcuta (COSPAS)-. Mediante laudo del 14 de octubre de 2022 el Tribunal de Arbitramento resolvió, en síntesis: (i) declarar la liquidación judicial del convenio de asociación No. 0133 del 19 de febrero de 2016, (ii) declarar el incumplimiento de la obligación de pago a cargo del Municipio “por efectuar descuentos sin fundamento de carácter no tributario del Convenio de Asociación”, (iii)

declarar la falta de competencia del Tribunal para resolver la pretensión referida a retenciones tributarias mal aplicadas, (iv) condenar al Municipio a pagar a favor de la convocante la suma de \$2.237.036.941,97, por concepto de descuentos no tributarios realizados por el ente territorial indexados hasta la fecha del laudo arbitral, y (v) condenar al Municipio en costas y agencias en derecho. El laudo arbitral fue aclarado de oficio por parte del Tribunal mediante providencias del 19 y 21 de octubre de 2022. Inconformes con la decisión, ambas partes formularon recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral proferido el 14 de octubre de 2022 y aclarado de oficio el 19 y 21 de octubre de 2022, con fundamento en las causales previstas en los numerales 3º, 8º y 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.”

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / INDEBIDA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO / ÁRBITRO

Problema jurídico 1: *¿Para qué se configure la causal de anulación de laudo arbitral, sobre la indebida integración del tribunal, debe tratarse de las condiciones personales del árbitro o del procedimiento para su designación, o sobre el número de integrantes?*

Tesis 1: “Consideraciones sobre la causal 3ª de anulación De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es causal de anulación del laudo arbitral “no haberse constituido el tribunal en forma legal”. La referida causal procede cuando se invoque que se han contravenido las reglas de integración del Tribunal, definidas en el pacto arbitral y en la ley, relativas a la designación de los árbitros y del secretario; el procedimiento para la integración del Tribunal; la observancia de los deberes de información y el régimen de conflicto de intereses, impedimentos y recusaciones y su trámite. La Sala ha sostenido que la indebida integración del Tribunal tiene que ver con las condiciones personales del árbitro, con el procedimiento para su designación, o con el número de sus integrantes. Se configura, por ejemplo, cuando los árbitros incumplen los requisitos exigidos por la ley o el pacto de las partes; cuando su nombramiento no se hace con arreglo a lo establecido en la cláusula arbitral; cuando no se hace el sorteo si la designación se deja a un centro de arbitraje y conciliación. Como esta causal solo permite controvertir exclusivamente la integración del Tribunal Arbitral, no puede hacerse extensiva a situaciones que no se refieran a dicha circunstancia. La Sección Tercera de ésta Corporación también ha señalado que ésta causal no se configura cuando no se cumplen los trámites o procedimientos previos a la convocatoria del tribunal acordados por las partes en el pacto arbitral, es decir, cuando no se agota la negociación directa, la conciliación o la amigable composición con anterioridad a la integración del tribunal respectivo, pues se estima que su incumplimiento no limita o impide el derecho de acceso a la administración de justicia, ni se constituye en un motivo suficiente para anular el laudo arbitral proferido, en armonía con lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 13 del Código General del Proceso. Por último, respecto a la procedencia de esta causal, así como también de las causales 1ª y 2ª, dispone el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que el recurrente deberá hacer valer los motivos constitutivos de la causal mediante el recurso de reposición contra el auto en el que Tribunal Arbitral asumió competencia, pues de lo contrario no podrán alegarse en sede de anulación.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la integración del tribunal de arbitramento, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 3 de agosto de 2020, exp. 63973, M.P. Martín Bermúdez Muñoz. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de junio de 2009, exp. 35288, M.P. Ruth Stella Correa Palacio

DISPOSICIONES CONTRADICTORIAS EN EL LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / CORRECCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / ERROR / ERROR ARITMÉTICO / ERROR ARITMÉTICO EN EL LAUDO / ERROR EN EL LAUDO ARBITRAL / ERROR MECANOGRÁFICO / OMISIÓN DEL TRIBUNAL

Problema jurídico 2: *¿La causal de anulación del laudo arbitral referida a contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, no conduce a la invalidez del laudo sino a su corrección?*

Tesis 2: “Consideraciones en torno a la causal 8ª de anulación De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es causal de anulación del laudo arbitral “[C]ontener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral”. Al tenor de esta disposición, la causal que se analiza se configura cuando en la parte resolutive del laudo se encuentren disposiciones contradictorias o errores

aritméticos o por omisión, cambio de palabras o alteración de éstas; o que, encontrándose en la parte motiva, influyan en la resolutive. Además, como requisito de procedibilidad, es menester que el recurrente, dentro del término para solicitar aclaraciones, correcciones o complementaciones al laudo arbitral, haya alegado ante el Tribunal Arbitral las contradicciones o errores contenidos en la providencia que se impugna, con el fin de permitir que los árbitros tengan oportunidad de enmendar los posibles errores en que pudieren haber incurrido o de integrar la unidad lógico-jurídica del laudo. De otro lado, es de añadir que la prosperidad de esta causal no conduce a la invalidez del laudo sino a su corrección, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012. (...) Disposiciones contradictorias De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, las disposiciones contradictorias son aquellas que contienen decisiones que se contraponen o excluyen entre sí y, por lo tanto, impiden su cumplimiento o ejecución (...) En este sentido, por regla general, la contradicción debe hallarse en la parte resolutive de la providencia, salvo que esta remita a la motiva y las dos resulten contradictorias entre sí. Además, a través de este supuesto, el recurrente no puede pretender que se modifique o altere lo decidido por el Tribunal, ni mucho menos controvertir su valoración probatoria. (...) Errores aritméticos El error aritmético como hipótesis que da lugar a la configuración de la causal de anulación sub examine, ha sido entendido como aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas, es decir, se trata de un error en el cálculo de la operación. Bajo este entendido, se trata de un yerro cuya corrección no conduce a la modificación o revocatoria de la decisión, toda vez que ello comportaría el examen del caso por errores in iudicando. En virtud de este supuesto, además, no puede pretenderse la aplicación de una tasa de interés diferente a la empleada por los árbitros en la solución del caso, ni pueden cuestionarse los aspectos y elementos en los que se fundó el Panel Arbitral para fijar la condena. En este sentido, la jurisprudencia de esta Subsección ha señalado, en efecto, que los errores aritméticos no abarcan aspectos conceptuales que el juez, con base en la ley y las pruebas del proceso, defina para efectuar los cálculos pues ello implicaría estudiar nuevamente el fondo del asunto y, por otro lado, respecto a la posibilidad contemplada en la Ley 1563 de 2012 en el sentido de poder tratarse de errores contenidos en la parte motiva, ha precisado que en tal caso se configurará la causal solo cuando "...en la parte motiva se incurra en errores aritméticos o de cálculo que impidan cumplir la decisión, se requieran para entender el contenido de la parte resolutive o resulten incongruentes y hubiera remisión de esta a aquella" (...) Errores por omisión, cambio de palabras o la alteración de éstas El error por omisión, cambio o alteración de palabras se encuentra referido a inexactitudes o imprecisiones en la transcripción o digitación y su corrección y, al igual que ocurre con el error aritmético, tampoco genera o conduce a una modificación o revocación de la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento, razón por la cual, a partir de este supuesto, tampoco se puede pretender un examen sobre el fondo del asunto."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el requisito de procedibilidad, de la causal 8 de anulación de laudo arbitral, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2017, exp. 59913, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sobre las disposiciones contradictorias en el laudo arbitral, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, exp. 51304, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sentencia de esta misma Subsección, del 13 de abril de 2015, exp. 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 2009, exp. 36427, M.P. Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre de 2011, exp. 39496, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de agosto de 2014, exp. 41064, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Sobre los errores aritméticos, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 38484, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2013, exp. 45007, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de junio de 2017, exp. 58109, M.P. Guillermo Sánchez Luque. Sobre errores de omisión, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2017, exp. 59913, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FALLO CITRA PETITA / FALLO ULTRA PETITA / FALLO EXTRA PETITA / EXCEPCIONES PROCESALES / PRESUPUESTO PROCESAL / ORDEN PÚBLICO / NULIDAD DEL CONTRATO / RESTITUCIONES MUTUAS

Problema jurídico 3: *¿El examen del principio de congruencia es relativo, puesto que existen eventos en los cuales los árbitros deben entrar a pronunciarse sobre determinadas materias, incluso cuando las partes no lo hayan solicitado en la demanda ni puesto de presente en los hechos o excepciones que se alegan, sin que ello implique la configuración de la causal de anulación prevista en el numeral 9° de la Ley 1563 de 2012?*

Tesis 3: "[Consideraciones sobre la causal 9ª de anulación De conformidad con lo dispuesto en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, es causal de anulación del laudo arbitral "[h]aber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento". El análisis de esta causal responde a un estudio objetivo de la acepción externa del principio de congruencia -artículo 281 del C.G.P. -, consistente en la

consonancia o coherencia correlativa que debe existir entre la providencia judicial y las pretensiones y hechos que se aducen en la demanda, así como las excepciones propuestas, sin entrar a evaluar los motivos de la decisión. De este modo, si se resuelven aspectos no pretendidos en la demanda se estaría dictando un fallo extra petita; si se condena más allá de lo pedido se trataría de una providencia ultra petita; y si no se resuelven todas las pretensiones o las excepciones, la decisión sería infra o citra petita -. La jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el examen del principio de congruencia es relativo, puesto que existen eventos en los cuales los árbitros deben entrar a pronunciarse sobre determinadas materias, incluso cuando las partes no lo hayan solicitado en la demanda ni puesto de presente en los hechos o excepciones que se alegan, sin que ello implique la configuración de la causal de anulación prevista en el numeral 9° de la Ley 1563 de 2012, a saber: i) cuando se hallen probados los hechos que constituyen una excepción, caso en cual el árbitro deberá reconocerla oficiosamente, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, pues estas excepciones deben ser propuestas en el debate procesal por el interesado; ii) en lo atinente a los presupuestos procesales, por cuanto tocan con la validez formal del proceso; iii) en aquellos casos relacionados con cuestiones que atañen al orden público, como sucede con la nulidad absoluta del acto o contrato, siempre y cuando aparezca de modo manifiesto; y iv) en los pronunciamientos sobre restituciones mutuas en los eventos de nulidad del contrato. Finalmente, cabe señalar que con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta que en el numeral 2° del artículo 41 de dicho estatuto la falta de jurisdicción y competencia se incorporó de modo específico como causal de anulación, ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación que al amparo de lo establecido en el numeral 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no pueden alegarse las circunstancias de falta de jurisdicción y competencia por haberse pronunciado los árbitros sobre asuntos que no se encontraban sujetos a su decisión por voluntad de las partes o que por mandato legal no eran susceptibles de ser resueltos por esta vía, puesto que en el numeral 2° del artículo 41 ibídem se prevé una causal de anulación específica para cuestionar estos aspectos."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de congruencia en el laudo arbitral, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 31 de octubre de 2016, exp. 56949, M.P. Guillermo Sánchez Luque y del 27 de noviembre de 2017, exp. 59913, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de marzo de 2020, 64627A, M.P. María Adriana Marín; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de marzo de 2006, exp.15898, M.P. María Elena Giraldo Gómez; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de junio de 2002, exp. 20634, M.P. Ricardo Hoyos Duque

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / ARREGLO DIRECTO / ETAPA DE ARREGLO DIRECTO / TRÁMITE DE ARREGLO DIRECTO / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CONSTITUCIÓN INDEBIDA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / VALIDEZ DEL LAUDO ARBITRAL / LAUDO ARBITRAL / NEGACIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL / DECLARA INFUNDADO EL RECURSO DE ANULACIÓN CONTRA LAUDO ARBITRAL

Problema jurídico 4: *¿El laudo incurrió en causal de anulación del laudo arbitral por integrarse de forma indebida el Tribunal de Arbitramento, ya que no se cumplieron los procedimientos previos de negociación directa?*

Tesis 4: "Análisis sobre los cargos expuestos por el Municipio en torno a la causal 3ª de anulación (...) comoquiera que el Municipio cumplió con el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por cuanto hizo valer en su oportunidad los motivos que hoy considera dan lugar a la configuración de la causal mediante la interposición del recurso de reposición contra el auto en el que el Tribunal de Arbitramento asumió la competencia, la Sala entrará a examinar los cargos formulados por el recurrente en punto de la causal 3ª de anulación. Al respecto, frente al omisión de la etapa de arreglo directo contenida en la cláusula compromisoria, la Sala pone de presente que el artículo 229 de la Constitución Política garantiza a toda persona su acceso a la justicia, en concordancia con lo cual el artículo 13 de Código General del Proceso prescribe que "[...] Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia." (...) Así las cosas, en el presente asunto se tiene que, si bien en el pacto arbitral contenido en el convenio celebrado entre las partes éstas acordaron adelantar la etapa de arreglo directo en forma previa a la instancia arbitral, de conformidad con lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 13 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sección Tercera de ésta Corporación, no haberse cumplido los trámites o procedimientos previos a la convocatoria del tribunal acordados en el pacto arbitral no configura la causal 3ª de anulación alegada por el Municipio, pues, tal como ha quedado expuesto, no agotar la negociación directa, la conciliación o la amigable composición con anterioridad a la integración del tribunal respectivo no limita o impide el derecho de

acceso a la administración de justicia, ni se constituye en un motivo suficiente para anular el laudo arbitral proferido."

NOTA DE RELATORÍA: obre la integración del tribunal de arbitramento con el agotamiento de etapas previas, ver: Corte Constitucional, sentencia C-602 de 2019 y Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 21 de julio de 2016, exp. 55477, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

PAGO DE HONORARIOS / TÉRMINO DEL PAGO DE HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / PAGO DE HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CONSTITUCIÓN INDEBIDA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / LÍMITES DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / HONORARIOS Y GASTOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / INDEBIDA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / FALTA DE COMPETENCIA / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO

Problema jurídico 5: *¿El cargo planteado en torno al pago de honorarios y gastos del tribunal de arbitramento de manera extemporánea debe analizarse según los argumentos del Municipio como causal de anulación por caducidad de la acción y falta de jurisdicción y competencia y no como indebida conformación del tribunal?*

Tesis 5: "[E]n cuanto al cargo planteado en torno al pago de honorarios y gastos de manera extemporánea, una vez revisada la impugnación del recurrente se observa que la cadena argumentativa esbozada por el Municipio estructura en realidad la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, de acuerdo con el cual es causal de anulación la caducidad de la acción y falta de jurisdicción o competencia. En efecto, si bien el recurrente invocó la causal 3ª relativa a la indebida constitución o integración del Tribunal, como sustento de la misma en su recurso afirmó que el pago de los honorarios y gastos del proceso fue realizado por fuera del término legal y en forma distinta a lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 (...) A partir de la argumentación expuesta por el recurrente, se observa que las razones alegadas como apoyo o sustento de la causal que aduce enmarcan en la causal 2ª de anulación y, concretamente, en la hipótesis de falta de competencia, pues el pago extemporáneo de los honorarios y gastos del Tribunal alegado por el Municipio en su recurso no guarda relación con la constitución del Tribunal, ni con la calidad de los árbitros o su designación. Por el contrario, según las voces del inciso final del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012 en concordancia con el artículo 35 de la Ley ejusdem, y tal como ciertamente lo señaló el Municipio en la sustentación de su recurso de anulación, aquel produce como consecuencia la extinción de los efectos del pacto arbitral respecto del caso concreto, circunstancia que, como pasa a exponerse, corresponde propiamente a uno de los supuestos de falta de competencia, puntualmente a aquel que se deriva del carácter transitorio de la facultad de administrar justicia por parte de los árbitros en virtud de la habilitación que emerge del pacto arbitral y la cual se extingue y queda sin efecto alguno respecto al caso concreto, entre otros casos, cuando las partes no atienden la carga de cancelar las expensas del proceso arbitral. En este sentido, conviene recordar que la jurisdicción es la función pública que tiene como finalidad la administración de justicia, ejercida por el Estado mediante los órganos que la ley dispone para ello, incluidos los árbitros mientras desempeñan sus funciones. Por su parte, la competencia hace referencia a la distribución que se realiza para el ejercicio de la función pública de administrar justicia, fundamentalmente debido a la complejidad y extensión de los asuntos, distribución a partir de la cual se determina, según distintos factores como la cuantía, la calidad de las partes, el domicilio, entre otros, cuál funcionario que tiene jurisdicción ha de conocer en particular un determinado asunto. Es así como, de vieja data se reconoce que mientras la jurisdicción es la facultad de administrar justicia, la competencia es la facultad de administrar justicia en determinados asuntos, es decir que mientras aquella es el género, ésta la especie, pudiendo ocurrir en la práctica, por tanto, que frente a determinadas materias un juez, aun gozando de jurisdicción, carezca de competencia para determinado negocio. Ahora bien, tal como se expuso atrás, el arbitraje comporta el ejercicio de función jurisdiccional por los árbitros, quienes administran justicia de manera transitoria y para efectos de la disputa sometida a su conocimiento, como resultado de la habilitación que mediante el pacto arbitral han realizado las partes, pues en este caso no es la ley sino las partes las que confieren la competencia a los árbitros para el conocimiento y decisión de determinados asuntos. Así, en virtud del pacto arbitral (compromiso o cláusula compromisoria), las partes de manera consciente y voluntaria acuerdan habilitar la competencia de los árbitros para resolver las diferencias existentes o eventuales entre ellas, a la vez que deciden derogar la jurisdicción y la competencia de los jueces institucionales o permanentes en forma transitoria y con sujeción a lo expresamente acordado por las partes en el pacto. Por ello, al hablar de competencia en materia arbitral es necesario hacer referencia al principio de voluntariedad o libre habilitación, en virtud del cual son las partes quienes en ejercicio de la autonomía dispositiva otorgan la competencia a un juez arbitral para resolver las controversias existentes o que surjan entre ellos. Por su parte, la transitoriedad

del arbitraje implica que los árbitros se encuentran investidos de la función de administrar justicia solo temporalmente, de modo que, ante el acaecimiento de alguno de los supuestos que consagra el ordenamiento jurídico en los que el tribunal cesa en sus funciones, finaliza su habilitación para administrar justicia, lo cual, al tenor del artículo 35 de la Ley 1563 de 2012, tiene lugar: (i) por la ejecutoria del laudo o, en su caso, de la providencia que resuelva sobre la aclaración, corrección o adición, sin perjuicio de que las partes interpongan recurso de anulación, caso en el cual la función se extiende durante el trámite de sustentación del recurso extraordinario; (ii) por la finalización del término convencional o legal fijado para el proceso arbitral, sin perjuicio de la adición, de las suspensiones y de las prórrogas que tuvieron lugar; (iii) por voluntad de las partes; (iv) cuando no se efectúa oportunamente el pago de gastos y honorarios previstos en la ley; y (v) cuando el litisconsorte necesario que no suscribió el pacto arbitral no sea notificado o no adhiera oportunamente al pacto arbitral. De todo lo anterior se desprende que la causal de anulación de falta de competencia de los árbitros se configura cuando el laudo ha sido proferido sin la concurrencia de los factores objetivo y subjetivo que conforme a la ley y al pacto respectivo debían habilitar a los árbitros para adelantar el trámite y adoptar la decisión; factores que se concretan en que el litigio recaiga sobre asuntos de libre disposición o aquellos que la ley expresamente consagra, que lo solicitado en la demanda arbitral corresponda a lo previsto por las partes en el pacto arbitral y que éste se encuentre formal y materialmente vigente. A propósito de este último requisito y de cara al cargo formulado por el Municipio, es de señalar que los árbitros carecen de competencia para resolver aquellas discrepancias incluidas en una demanda arbitral, cuandoquiera que cesan los efectos del pacto arbitral, tal como ocurre, entre otros eventos, por no cubrir los honorarios y gastos del Tribunal en el término establecido por el legislador. En efecto, la Ley 1563 de 2012 impone a los árbitros declarar extintos los efectos del pacto arbitral en determinados casos y, entre ellos, el no pago de los honorarios y gastos del Tribunal dentro del plazo legal dispuesto al efecto, hipótesis en el cual la controversia será entonces de conocimiento de la jurisdicción permanente -a menos que las partes celebraren un nuevo pacto arbitral bajo la modalidad del compromiso-, por cuanto, tal como lo ha decantado la jurisprudencia de esta Sección, al abstenerse de cumplir con dicha carga las partes deshacen tácitamente su declaración de voluntad, en la que inicialmente dispusieron llevar a arbitramento el conflicto en cuestión. En otras palabras, la consecuencia que se desprende frente al hecho de desatender la carga que les corresponde a las partes en materia de pago de gastos y honorarios, al tenor literal del inciso final del artículo 27 de la ley ejusdem, consiste en que cesan los efectos del pacto arbitral, lo que equivale a decir que ya no puede materializarse la voluntad declarada por las partes de someter su disputa a la decisión del panel arbitral, pues aquellas deshicieron tal habilitación al abstenerse de cubrir los pagos a su cargo. De conformidad con lo anterior, el vicio consistente en resolver en el laudo asuntos no enmarcados en el pacto arbitral o excluidos de éste por virtud de la ley, como ocurre en el evento en que cesan los efectos del pacto arbitral y por ende la habilitación de los árbitros para administrar justicia, como consecuencia de no haber sufragado en forma completa y oportuna los honorarios y gastos del arbitraje, configura, justamente, la causal de anulación de falta de competencia. En este sentido, la Sala reitera que dicho yerro no se enmarca en los supuestos de otra causal distinta, ni aún la prevista en el numeral 3º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, por aludir ésta a las reglas de integración del Tribunal, definidas en el pacto arbitral y en la ley, relativas a la designación de los árbitros y del secretario, el procedimiento para la conformación del Tribunal, la observancia de los deberes de información y el régimen de conflicto de intereses, impedimentos y recusaciones y su trámite, y no a las materias que por disposición legal y/o del propio pacto arbitral puedan ser sometidas a ese mecanismo de solución de conflictos."

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la delimitación de la competencia de los árbitros en el pacto arbitral, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 3 de agosto de 2006, exp. 32499, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2012, exp. 18013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 31 de octubre de 2016, exp. 11001-03-26-000-2016-00099-00(57422) A M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sobre el seguimiento de la cadena argumentativa para determinar la causal alegada, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2023, exp. 69408, M.P. María Adriana Marín. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias del 31 de octubre de 2016, exp. 11001-03-26-000-2016-00099-00 (57422) A y del 18 de diciembre de 2020, exp. 11001-03-26-000-2018-00178-00(62573), M.P. Nicolás Yepes Corrales, entre otras.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 02 de agosto de 2023; C.P. Nicolas Yepes Corrales, radicación: 11001-03-26-000-2023-00023-00 \(69475\)](#)

SECCIÓN CUARTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Es nulo el Oficio 100208221-1118 del 15 de septiembre de 2020, en el que la DIAN señaló que las correcciones de las declaraciones del impuesto sobre la renta presentadas en los años 2018 y 2019 no estaban incluidas en la suspensión de términos prevista en el artículo 8° de la Resolución DIAN 030 de 2020.

Síntesis del caso: *Mediante la Resolución 030 del 29 de marzo de 2020, modificada por las resoluciones 000031 del 30 de abril de 2020, 000041 del 5 de mayo de 2020 y 000050 del 20 de mayo de 2020, la DIAN suspendió los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa que se adelantaban ante la entidad durante la vigencia de la emergencia sanitaria declarada con ocasión de la pandemia del COVID-19. En las mismas resoluciones, la entidad señaló las actuaciones que quedaban excluidas de la suspensión de términos. Para responder una consulta que formuló el demandante sobre la suspensión de términos para corregir las declaraciones del impuesto de renta de los años gravables 2018 y 2019, la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN expidió el Oficio 100208221-1118 del 15 de septiembre de 2020, en el que indicó que los términos para corregir las declaraciones de acuerdo con lo previsto en los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario, no se suspendieron, dado que el ejercicio del derecho subjetivo de corregir está dentro de las excepciones a la regla de suspensión, por ser dicha actuación una actividad o trámite propio de la obligación formal de declarar. La Sala anuló el Oficio 100208221-1118, porque concluyó que, atendiendo al fin mismo del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 y de la Resolución 030 de 2020 y sus modificatorias, la suspensión de términos legales fue general para todas las actuaciones administrativas, incluyendo términos de caducidad, prescripción o firmeza, con la interpretación restrictiva de las exclusiones taxativas a dicha suspensión contenidas en las mismas normas, de manera que, como dentro de tales excepciones a la regla general de suspensión no se incluyeron las correcciones de las declaraciones de que tratan los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario, se debe entender que el término previsto en estas últimas normas sí se encontraba suspendido, conforme a la regla general de suspensión de términos. Precisó que aunque en la Resolución 030 de 2020, se incluyó dentro de las excepciones a la suspensión de términos la presentación de las declaraciones tributarias, pero esto no supone que también se excluya de la regla general de suspensión el término para su corrección, dado que no hay identidad entre la presentación inicial de una declaración tributaria y su corrección, pues no es lo mismo el cumplimiento del deber formal de presentar la declaración inicial, que ejercer el derecho subjetivo de corregirla posteriormente, por lo que la regla que gobierna las declaraciones iniciales no cubre necesariamente la presentación de las correcciones de las declaraciones.*

SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS O JURISDICCIONALES EN SEDE ADMINISTRATIVA ADENTADAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA / EXCLUSIONES A LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS O JURISDICCIONALES EN SEDE ADMINISTRATIVA ADENTADAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA / FINALIDAD DE LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS O JURISDICCIONALES EN SEDE ADMINISTRATIVA ADENTADAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA / ESTADO DE EMERGENCIA SOCIAL Y ECOLÓGICA / PANDEMIA DEL CORONAVIRUS / TAXATIVIDAD DE LAS EXCLUSIONES A LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS O JURISDICCIONALES EN SEDE ADMINISTRATIVA ADENTADAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA / SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS PARA LA CORRECCIÓN DE DECLARACIONES TRIBUTARIAS

Problema jurídico: *¿Se ajusta a derecho el Oficio 100208221-1118 del 15 de septiembre del 2020, expedido por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN? ¿La suspensión de términos fijada en la Resolución DIAN 030 del 29 de marzo de 2020 y sus reformas, incluye o no los establecidos en la ley para presentar correcciones a las declaraciones tributarias?*

Tesis: “El artículo 8.º de la Resolución nro. 030 del 29 de marzo de 2020 contempló la suspensión de los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa y de los términos de caducidad, prescripción o firmeza previstos en la legislación tributaria, hasta el levantamiento de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional. En el párrafo segundo del mencionado acto, la DIAN excluyó de esta suspensión de términos lo siguiente: “i) *el cumplimiento de las obligaciones de presentar y pagar las declaraciones dentro de los términos previstos por las disposiciones legales, reglamentarias vigentes.* ii) *Los procesos de Devoluciones y/o Compensaciones que se soliciten a través del Servicio Informático Electrónico (SIE) de Devoluciones y/o compensaciones y las solicitudes que se presenten a los buzones electrónicos autorizados por la entidad.* iii) *Las facilidades de pago que se soliciten a través de los buzones electrónicos autorizados,* iv) *La gestión de títulos de depósitos judiciales y* v) *Las solicitudes de desembargos solicitados a través de los buzones electrónicos autorizados.*” La anterior resolución fue modificada por la Resolución nro. 031 del 30 de abril de 2020, en el sentido de incluir dentro de las excepciones lo siguiente: “vi) *la relación laboral legal y reglamentaria que surge entre la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y su talento humano, por ende, no interrumpe las actuaciones administrativas que surgen de su desarrollo, como tampoco los términos previstos en las normas que la gobiernan, tales como los fijados para vacaciones, licencias, comisiones, compensatorios, causación de salarios y demás emolumentos que hacen parte del sistema de remuneración fijado para los servidores públicos de la DIAN, así como cualquier otra actuación administrativa que se derive de la relación laboral*”. Luego, el 5 de mayo de 2020, la entidad fiscalizadora expidió la Resolución nro. 041, por medio de la cual modificó las anteriores resoluciones en el sentido de incluir dentro de las excepciones “*Las investigaciones previas a la devolución o compensación previstas en el artículo 857-1 del Estatuto Tributario (Expedientes AD), únicamente respecto de aquellas que se encuentran terminadas y esté pendiente solamente la expedición del auto de archivo. Una vez se profiera el auto de archivo correspondiente, el expediente debe remitirse de manera inmediata al área de devoluciones para lo de su competencia*”. Posteriormente, a través de la Resolución nro. 050 del 20 de mayo de 2020, la DIAN aumentó las excepciones a la suspensión de que trata el artículo 8.º de la Resolución nro. 030 del 2020, y adicionó “*El trámite de los recursos en sede administrativa y revocatorias directas interpuestos contra las actas del Comité de Conciliación y Defensa Judicial y de los Comités Especiales de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo, mediante las cuales se resolvieron las solicitudes de conciliación y de terminación por mutuo acuerdo previstas en los artículos 100 y 101 de la Ley 1943 de 2018*”. Del recuento anterior es posible concluir que la administración tributaria estimaba necesario suspender los términos para adelantar las actuaciones administrativas, así como los de caducidad, prescripción o firmeza previstos en la legislación tributaria, como consecuencia de las medidas de aislamiento social autorizadas con ocasión de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia de Covid-19 en el país. Estas decisiones de suspensión se tomaron como medida de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de la autoridad tributaria, evitar inseguridad jurídica y proteger la seguridad personal, puesto que, dadas las circunstancias especiales derivadas de la emergencia sanitaria, resultaba imposible para el ente de fiscalización adelantar trámites en sus dependencias y, para los administrados, ejercer sus derechos y cumplir con sus deberes en los términos señalados en la ley. (...) A partir de lo dispuesto en el Decreto Legislativo nro. 491 del 28 de marzo de 2020, fundamento de la Resolución 000030 de 2020 y sus modificatorias, se adoptaron medidas de urgencia en el marco del Estado de Emergencia Social y Ecológica. En la citada resolución específicamente reguló la suspensión de términos legales para todas las actuaciones administrativas adelantadas ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. Para la Sala, el objetivo mismo de las disposiciones del decreto legislativo y las resoluciones mencionadas era suspender todos los trámites o procedimientos que podían verse afectados por las circunstancias excepcionales, que justificaron la declaratoria de emergencia sanitaria, por lo que el alcance de tales normas ha de ser evaluado teniendo en cuenta tal propósito y el interés general de las disposiciones excepcionales, de manera que su interpretación y aplicación resulte garantista de los legítimos intereses particulares y el debido proceso que rige las actuaciones administrativas, y se otorgue seguridad jurídica a quienes participan en una actuación administrativa sin poner en riesgo su salud, con el fin de atender las diligencias o realizar actuaciones propias de los procedimientos administrativos en los que intervienen. Conforme a ese criterio, la Sala estima que no puede entenderse que la exclusión de la suspensión de términos ordenada en la norma citada cobija las correcciones de las declaraciones tributarias, pues estas no fueron expresamente señaladas dentro de lista taxativa de excepciones de la suspensión de términos. Si la intención de la administración hubiese sido la de no suspender el término para presentar las correcciones de las declaraciones tributarias, así debió señalarse desde la Resolución nro. 030 de 2020 o sus modificatorias, precisamente porque el objetivo de tales disposiciones era garantizar que las actuaciones ante la administración tributaria se llevaran a cabo sin tropiezos, de manera que la regla general fuese la suspensión del término, y la excepción su continuidad. Además, en la Resolución nro. 030 de 2020, la administración incluyó dentro de las excepciones a la suspensión de términos la presentación de las declaraciones tributarias, pero esto no supone que también se excluya de la regla general de suspensión el término para corregir una declaración, dadas las diferencias entre ambos actos: contrario a lo que sostiene la DIAN, la presentación inicial de una declaración tributaria y su corrección no pueden ser consideradas una misma cosa, pues no es lo mismo el cumplimiento del deber formal de presentar la declaración inicial, que ejercer el derecho subjetivo de

corregirla posteriormente. Es evidente que si la primera gestión (declarar) puede llevarse a cabo material y jurídicamente sin que necesariamente tenga lugar la segunda (corregir), es forzoso concluir que no hay identidad entre ambas, y por lo tanto, que la regla que gobierna las declaraciones iniciales no cobija necesariamente la presentación de las correcciones de las declaraciones. Así las cosas, atendiendo al fin mismo del Decreto Legislativo nro. 491 del 28 de marzo de 2020 y de la Resolución nro. 030 de 2020 y sus modificatorias, la suspensión de términos de legales fue general para todas las actuaciones administrativas, incluyendo términos de caducidad, prescripción o firmeza, con la interpretación restrictiva de las exclusiones taxativas a dicha suspensión contenidas en las mismas normas. Y como dentro de tales excepciones a la regla general de suspensión no se incluyeron las correcciones de las declaraciones de que tratan los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario, debe entenderse que el término previsto en estas últimas normas sí se encontraba suspendido, conforme a la regla general de suspensión de términos. Lo anterior es suficiente para concluir que los términos para la presentación de correcciones de las declaraciones tributarias establecidos en los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario se suspendieron, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Resolución nro. 030 de 2020, en tanto no fueron objeto de una exclusión de dicha consecuencia jurídica en una norma expresa que así lo dispusiera. Y en la medida en que la DIAN llegó a una conclusión incompatible con esta, la Sala considera que le asiste razón al demandante, y en consecuencia, declarará la nulidad del Oficio nro. 100208221-1118 del 15 de septiembre del 2020”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 31 de agosto de 2023, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00087-00 \(26136\).](#)

2. Las actividades comerciales o industriales que se lleven a cabo en los municipios donde haya sede de la Universidad del Pacífico con utilización o aprovechamiento de sus recursos naturales o su posición estratégica no configuran el hecho generador de la Estampilla Pro Universidad del Pacífico, dado que no implican o involucran la emisión de ningún documento por parte de un funcionario departamental o municipal, como lo exigen los artículos 4 y 5 de la Ley 1685 de 2013.

Síntesis del caso: Se confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar que anuló algunos apartes de los artículos 6 y 7 y el numeral 2 del artículo 10 de la Ordenanza 473 del 21 de diciembre de 2017, por medio de la cual, entre otras disposiciones, la Asamblea del Departamento del Valle del Cauca ordenó la emisión de la Estampilla Pro-Universidad del Pacífico Omar Barona Murillo. Lo anterior, tras concluir que el hecho generador de la estampilla Pro Universidad del Pacífico definido en el numeral 2 del artículo 10 de la citada Ordenanza desconoció los parámetros establecidos por el legislador en la Ley 1685 de 2013, porque no determinó un acto documental en el que interviniera un funcionario departamental o municipal relacionado con la ejecución de actividades comerciales o industriales, sino que gravó la ejecución de «Actividades Comerciales o Industriales que se realicen en los Municipios donde haya sede de la Universidad del Pacífico con utilización o Aprovechamiento de sus Recursos Naturales o su Posición Estratégica».

FACULTAD IMPOSITIVA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES - Alcance y límites / ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO - Hecho generador / HECHOS Y ACTIVIDADES GRAVADAS CON LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO - Ilegalidad

Problema jurídico: ¿Las actividades gravadas con la Estampilla Pro Universidad del Pacífico, previstas en el numeral 2 del artículo 10 de la Ordenanza 473 del 2017, observan los parámetros fijados en la Ley 1685 de 2013, que autorizó el tributo, así como la prohibición de doble tributación?

Tesis: “A la luz de los artículos 287.3, 300.4 y 338 de la Constitución Política, esta Corporación ha sentado un criterio reiterado según el cual la adopción de impuestos locales por parte de las respectivas entidades territoriales requiere siempre de la existencia previa de una ley que así lo autorice (*i. e.* ley de autorización). En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sección ha reconocido que a dichas entidades *«les asiste la facultad de establecer los elementos del tributo a través de sus órganos de representación democrática, siempre que dicha competencia normativa sea ejercida dentro de los límites y conforme con los parámetros mínimos fijados por la ley de creación o autorización del impuesto»*. Esos parámetros mínimos, según se desprende de la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, son dos: (*i*) la autorización del gravamen por el legislador y (*ii*) la delimitación del hecho gravado con el mismo (*i. e.* el aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible). En este contexto, el artículo 1 de la Ley 1685 de 2013 autorizó a la Asamblea Departamental del Departamento del Valle del Cauca para ordenar, mediante acuerdo, la emisión de la estampilla Pro Universidad del Pacífico. En concordancia, el artículo 3 *ibidem* estableció que *«Dentro de los hechos y actividades económicas sobre los cuales se obliga el uso de la estampilla»*, la Asamblea Departamental del Valle del Cauca podía incluir *«actividades comerciales o industriales que se realicen en los municipios donde haya sede de la Universidad del Pacífico con utilización o aprovechamiento de sus recursos naturales o su posición estratégica»*. A su vez, el artículo 4 autorizó a ese órgano de representación popular para determinar las características, tarifas y todos los demás asuntos referentes *«al uso obligatorio de la estampilla en las actividades y operaciones que se deban realizar en la jurisdicción del departamento»*, y el artículo 5 precisó que la *«obligación de adherir y anular la estampilla a que se refiere esta ley queda a cargo de los funcionarios departamentales y municipales que intervengan en los actos y hechos económicos que sean sujetos al gravamen que se autoriza por la presente ley»*. El legislador utilizó una redacción similar en las leyes 71 de 1986 (que autorizó la emisión de la Estampilla Pro-Universidad de la Guajira), 26 de 1990 (que autorizó la emisión de la Estampilla Pro-Universidad del Valle), 122 de 1994 (que autorizó la emisión de la Estampilla Universidad de Antioquia de Cara al Tercer Siglo de Labor) y 334 de 1996 (que autorizó la emisión de la Estampilla Universidad de Cartagena). y al analizar su contenido, la Sala concluyó que estos tributos solo se causan cuando un funcionario de la respectiva entidad territorial interviene en el acto gravado. En este caso concreto, se reitera que el artículo 3 de la Ley 1685 de 2013 expresamente autorizó a la Asamblea Departamental del Valle del Cauca para incluir dentro de los hechos y actividades gravadas con la estampilla Pro Universidad del Pacífico a *«las actividades comerciales o industriales que se realicen en los municipios donde haya sede de la Universidad del Pacífico con utilización o aprovechamiento de sus recursos naturales o su posición estratégica»*. Sin embargo, para la Sala, lo anterior no implica que dicha asamblea pueda gravar todas las actividades comerciales o industriales que se lleven a cabo en los municipios en donde exista una sede de la Universidad Pacífico, pues esa autorización debe ser interpretada en armonía y de forma sistemática con los artículos 4 y 5 de la misma Ley 1685 de 2013. En ese orden de ideas, debe entenderse que la autorización prevista en el artículo 3 de la Ley 1685 permite a la Asamblea Departamental del Valle del Cauca gravar con la estampilla Pro Universidad del Pacífico los actos relacionados con actividades comerciales o industriales que se lleven a cabo en los municipios donde haya sede de la Universidad del Pacífico, siempre y cuando en ellos intervenga un funcionario municipal o departamental, que son los competentes para adherir la respectiva estampilla, por mandato legal. Descendiendo al caso concreto, se tiene que el artículo 7 de la Ordenanza Nro. 473 de 2017 definió el hecho generador de la estampilla Pro Universidad del Pacífico como la solicitud, suscripción o expedición de actos o documentos en los cuales se hace obligatorio el cobro de la estampilla, *«así como la realización de alguna de las actividades industriales o comerciales gravadas»*. El artículo 5 *ibidem* estableció que el sujeto activo sería el Departamento del Valle del Cauca y, a su turno, el artículo 6 dispuso que serían sujetos pasivos las personas naturales o jurídicas que soliciten, suscriban o se beneficien de los actos gravados con la estampilla y, adicionalmente, aquellas *«Personas Naturales o Jurídicas que realicen actividades Comerciales o Industriales en los Municipios donde haya sede de la Universidad del Pacífico con utilización o aprovechamiento de sus Recursos Naturales o su posición estratégica y cuya actividad económica está prevista en el Hecho Generador»*. El artículo 9 de la Ordenanza Nro. 473 de 2017 previó que la estampilla se causa en el momento de la suscripción o expedición del acto o documento gravado. Y, en cuanto a la base gravable y la tarifa, el numeral 2 del artículo 10 (norma acusada) dispuso lo siguiente: **«2. Actividades Gravadas:** *las Personas Naturales o Jurídicas que realicen Actividades Comerciales o Industriales que se realicen en los Municipios donde haya sede de la Universidad del Pacífico con utilización o Aprovechamiento de sus Recursos Naturales o su Posición Estratégica, deberán liquidar y pagar en su declaración anual del Impuesto de Industria y Comercio a título de Estampilla Pro Universidad del Pacífico Omar Barona Murillo, una suma equivalente al cinco por mil (5x1000) de los ingresos brutos obtenidos en el respectivo año gravable»*. A partir de este recuento normativo, la Sala observa que el numeral 2 del artículo 10 de la Ordenanza Nro. 473 del 2017 no identificó ningún acto o documento como gravado, con la intervención de un funcionario en la operación. En efecto, en las actividades gravadas dispuestas en la norma acusada, no implican o involucran la emisión de ningún documento por parte de un funcionario departamental o municipal, como lo exigen los artículos 4 y 5 de la Ley 1685 de 2013. Por el contrario, los artículos 6, 7 y 10 de la Ordenanza Nro. 473 de 2017 establecen que las personas naturales o jurídicas que realicen actividades comerciales o industriales en *«los Municipios donde haya sede de la Universidad del Pacífico con utilización o Aprovechamiento de sus*

Recursos Naturales o su Posición Estratégica», tienen la obligación de declarar y pagar la estampilla en los mismos plazos y condiciones para declarar y pagar el impuesto de industria y comercio. Esto quiere decir que el sistema de recaudo regulado en la ordenanza no está relacionado con la adhesión de una estampilla en un determinado acto documental asociado con la ejecución de actividades comerciales o industriales, sino en la presentación de una declaración. En esas circunstancias, para la Sala es claro que, tal y como fue expuesto por el Tribunal, el hecho generador de la estampilla Pro Universidad del Pacífico definido en el numeral 2 del artículo 10 de la Ordenanza Nro. 473 de 2017 desconoció los parámetros establecidos por el legislador en la Ley 1685 de 2013, porque no determinó un acto documental en el que interviniera un funcionario departamental o municipal relacionado con la ejecución de actividades comerciales o industriales, sino que gravó la ejecución de «Actividades Comerciales o Industriales que se realicen en los Municipios donde haya sede de la Universidad del Pacífico con utilización o Aprovechamiento de sus Recursos Naturales o su Posición Estratégica».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de agosto de 2023, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 76001-23-33-000-2021-00264-01 \(27455\).](#)

3. Se anula la expresión «*propiedad, planta, equipo e inventario*» contenida en la definición de inversión del artículo 1.2.1.23.1.1 del DUR 1625 de 2016, adicionado por el artículo 2° del Decreto 1650 de 2017, en cuanto referente para establecer el monto mínimo de la inversión aplicable para acceder al incentivo tributario por promover el desarrollo de las zonas más afectadas por el conflicto armado ZOMAC.

Síntesis del caso: *Para efectos del incentivo tributario para promover el desarrollo de las zonas más afectadas por el conflicto armado ZOMAC, previsto en los artículos 235 a 237 de la Ley 1819 de 2016, el artículo 1.2.1.23.1.1 del DUR 1625 de 2016, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1650 de 2017, definió la inversión como “el monto mínimo de propiedad, planta, equipo e inventario utilizado en las actividades económicas generadoras de renta, que haya sido adquirido bajo cualquier modalidad ...”. La Sala declaró la ilegalidad de la expresión “propiedad, planta, equipo e inventario”, porque consideró que excluye per se otro tipo de activos que pudieran ser indispensables para el desarrollo de algunas actividades económicas y cuya adquisición no sería computable para el monto mínimo de la inversión acreditable por la nueva compañía a fin de acceder al beneficio, pese a que pudieran coadyuvar en la actividad económica de la misma y, por ende, al desarrollo económico de la Zomac, propósito de la Ley 1819 de 2016. Concluyó que la norma reglamentaria redujo el alcance de dicha ley, pues esta solo se refirió a un monto mínimo de inversión, concepto amplio en el que se puede enmarcar la adquisición de activos diferentes a la propiedad, planta, equipo e inventarios, cuya única condición sería que se destinen al desarrollo de la correspondiente actividad productiva en la Zomac, conforme a lo previsto por la ley.*

POTESTAD REGLAMENTARIA - Concepto y características / POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance y límites / RÉGIMEN DE TRIBUTACIÓN DE NUEVAS SOCIEDADES QUE INICIEN ACTIVIDADES EN ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC / BENEFICIO O INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC / SUJETOS PASIVOS DEL BENEFICIO O INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC / TÉRMINO DE APLICACIÓN DEL BENEFICIO O INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC / CONCEPTO DE EMPLEO DIRECTO / CONCEPTO DE GENERACIÓN DE EMPLEO / MONTO MÍNIMO DE GENERACIÓN DE EMPLEO – Legalidad de la fijación del alcance la expresión por el artículo 1.2.1.23.1.1 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1650 de 2017

Problema jurídico 1: *¿Con las disposiciones reglamentarias del Decreto 1650 de 2017, el Gobierno excedió la potestad reglamentaria al establecer dentro de la definición de empleo que este debía ser «directo» y «a través de contratos laborales»?*

Tesis 1: “Con miras a dirimir la presente controversia, partirá la Sala de precisar que, de acuerdo con el ordinal 11 del artículo 189 de la Constitución, la potestad reglamentaria corresponde a la facultad otorgada al Gobierno, como órgano supremo de la Administración para regular aquellas disposiciones que, por su carácter técnico, no son desarrolladas exhaustivamente por el legislativo. De manera que está dirigida a facilitar la ejecución de la ley, dentro del ámbito de legalidad y necesidad, pues, como lo ha señalado esta judicatura *«entre más amplio, general o ambiguo sea el contenido de la ley, más amplio será la facultad reglamentaria. Mientras que, por el contrario, entre más precisa sea la reglamentación menor será el ámbito de la facultad»*. De manera que es esto lo que va a determinar el alcance de la reglamentación, independientemente de que la ley no contenga una autorización detallada, pues no puede perderse de vista que la potestad reglamentaria proviene de la propia Constitución. Ahora bien, como el ejercicio de esa potestad supone la existencia de una norma con rango de ley, la misma se encuentra supeditada a esta, de manera que *«el reglamento no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador»* (auto del 24 de febrero de 2015, exp. 20998, CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez). Con base en ello, advierte esta judicatura que la Ley 1819 de 2016 que consagró un incentivo tributario para promover el desarrollo de las Zomac, precisó en qué consistía el beneficio (progresividad en la aplicación de la tarifa del impuesto sobre la renta), los sujetos pasivos que podían acogerse al mismo (nuevas sociedades que sean micro, pequeñas, medianas y grandes empresas), así como el lapso por el cual aplicaría (2017-2027). Sin embargo, no determinó los municipios que conformarían las Zomac, sino que encargó su señalamiento al Ministerio de Hacienda, al Departamento Nacional de Planeación y a la Agencia de Renovación del Territorio, mediante reglamento. Similar fórmula utilizó al señalar las condiciones para acceder al beneficio, pues solo señaló de manera general que las nuevas sociedades debían cumplir los montos mínimos de inversión y de generación de empleo, que definiera el Gobierno nacional, lo que sin duda ameritaba una reglamentación detallada, que justamente por eso no podía limitarse a fijar el número de trabajadores o el monto mínimo de inversión, pues esto por sí solo, no resultaba suficiente para la cumplida ejecución de la ley; por el contrario, se precisaba determinar los conceptos, alcances y controles, para lo cual no se requería una expresa autorización legal, pues como se señaló, la potestad reglamentaria deviene de la propia Constitución solo que supeditada a la ley. Así, sin perjuicio de verificar el contenido de cada una de las disposiciones acusadas, lo que estudiará seguidamente la Sala, debe advertirse que las disposiciones reglamentarias no contravienen *per se* la ley por el solo hecho de haber regulado aspectos diferentes al número de empleados, exigidos para la satisfacción del requisito de generación de empleo y al monto mínimo de inversión, como lo plantea la demandante. Resulta legítimo que junto a tales definiciones, el reglamento precisara otras circunstancias o requisitos para clarificar la operatividad del beneficio, tanto desde la perspectiva del administrado, como de la Administración para su control. 3- A la luz del derecho aplicable, procede la Sala a resolver los reparos acerca de las expresiones *«directo»* y *«a través de contratos laborales»* que se acusan de las definiciones de empleo directo y de monto mínimo de generación de empleo, establecidos en el artículo 1.2.1.23.1.1 compilado en el DUR (Dcto. 1625 de 2016). Como se indicó al inicio de las consideraciones, el actor estima que la potestad de reglamentación debió restringirse a fijar el monto mínimo de generación de empleo, sin definir este concepto y mucho menos limitarlo a la vinculación mediante contrato laboral por excluir otras alternativas de vinculación lo que impediría acceder al beneficio o incluso hacerlo nugatorio, cuando lo que buscaba la ley era que los habitantes de tales zonas tuvieran más oportunidades económicas para disminuir la brecha de desigualdad, sin limitar la posibilidad a un solo tipo de contrato. 3.1- Al respecto, insiste la Sala que la potestad reglamentaria autoriza al ejecutivo a establecer las normas necesarias para darle efectividad o asegurar la ejecución de las disposiciones proferidas por el legislador, lo que, para el caso, hacía necesario que el Gobierno precisara los presupuestos para la generación de empleo, lo que justificaba con suficiencia que definiera el alcance de esta expresión. Con todo, debe analizarse si como lo señala el demandante, se excedió la potestad reglamentaria, por definir la generación de *«empleo»*, como *«empleo directo»* y señalar que, este último se genera cuando se vincula personal a través de *«contratos laborales»*, porque excluye otras posibilidades de contratación que también son formales, como a través de formas organizadas de campesinos, comunidades por etnias (entre otros, indígenas, raizales, palenqueras y afrodescendientes), pues el objetivo de la ley fue brindar más oportunidades económicas para disminuir la brecha de desigualdad en tales zonas, sin limitar la posibilidad a un solo tipo de contrato, ni mucho menos al empleo directo. Verificada la exposición de motivos del proyecto de ley nro. 163 presentado ante el Senado, y que derivó en la Ley 1819 de 2016, se observa el siguiente señalamiento: *«la tasa de informalidad del total nacional en 2022 se ubicaría en 55,9%, que corresponde a 8,1 pp menos que en un escenario sin reforma (64,0%). Lo anterior debido a que en un escenario sin reforma la actividad económica generaría 256 mil empleos formales menos que en el escenario con reforma»*, lo cual, pone de presente que una de las finalidades de las medidas tributarias del proyecto de reforma (dentro de ellas el

incentivo para las Zomac), era sin duda la generación empleo formal lo que, se justifica plenamente, si se tiene en cuenta que la vinculación laboral asegura la formalización de manera integral, atendida su proyección sobre los subsistemas de seguridad social (salud y pensión), lo que permite una mayor cobertura de los habitantes de una región. De hecho, la Sala trae a colación que la generación de empleo, como condición para acceder a un incentivo o beneficio tributario, no es una situación novedosa en el ordenamiento, ya que ha sido regulada en disposiciones anteriores y siempre ha estado vinculada a la contratación directa, a través de contratos de naturaleza laboral. Para dar algunos ejemplos de las regulaciones sobre el tema: Ley 488 de 1998, art. 25 (descuento tributario para la generación de empleo), que adicionaba el artículo 250 al ET; Ley 218 de 1995, artículo 2.º, reglamentada por el Decreto 529 de 1996 (Ley Páez, empresas allí señaladas ubicadas en zona de sismo y avalancha del río Páez); la Ley 1429 del 2010 (de generación y formalización de empleo para pequeñas nuevas empresas) reglamentada por el Decreto Reglamentario 4910 del 2011, entre otras. Ahora bien, si bien plantea la demandante que, el alcance de la acepción «empleo» del artículo 237 de la Ley 1819 de 2016 se efectúe bajo su sentido natural y obvio, para lo cual acude a las definiciones del diccionario, es lo cierto que el alcance jurídico que demarcaría técnicamente la expresión empleo, tendría que satisfacerse por la disposición especial que utiliza estos conceptos, esto es el Código Sustantivo del Trabajo, normativa legal que gobierna vínculos laborales entre «empleadores y trabajadores». Repárese en que, la alusión de la ley a generación de «empleo», se vincula con la noción de «empleador», quien desde la perspectiva del ordenamiento sustantivo del trabajo es quien recibe y remunera el servicio prestado por un empleado o trabajador (artículo 22, CST) bajo la figura de una relación laboral. Así, no encuentra la Sala que se haya excedido la potestad reglamentaria al fijar la contratación laboral como aquella requerida para establecerse el monto mínimo de generación de empleo, exigido por la ley a efectos de conferir el beneficio; por el contrario, se ajusta al propósito de la ley de fomentar el empleo. No prospera el cargo de nulidad”.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Concepto y características / POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance y límites / RÉGIMEN DE TRIBUTACIÓN DE NUEVAS SOCIEDADES QUE INICIEN ACTIVIDADES EN ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC / BENEFICIO O INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC / GRUPO DE PROPIEDAD, PLANTA Y EQUIPO / CONCEPTO DEL GRUPO DE PROPIEDAD, PLANTA Y EQUIPO / CONCEPTO DEL GRUPO DE INVENTARIOS / CONCEPTO DE INVERSIÓN PARA EFECTOS DEL INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZOMAC – Exceso de la potestad reglamentaria. Ilegalidad de la expresión «propiedad, planta, equipo e inventario» contenida en el artículo 1.2.1.23.1.1 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1650 de 2017 / MONTO MÍNIMO DE LA INVERSIÓN PARA ACCEDER AL INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZOMAC

Problema jurídico 2: *¿Con las disposiciones reglamentarias del Decreto 1650 de 2017, el Gobierno excedió la potestad reglamentaria al establecer dentro del concepto de inversión que deberá corresponder al monto mínimo de «propiedad, planta, equipo e inventario»?*

Tesis 2: “Respecto de la acusación de ilegalidad de la definición de inversión, la cual señaló el reglamento como el monto mínimo de «propiedad, planta, equipo» e «inventario», porque a juicio de la demandante, deja por fuera otros activos, como los biológicos, intangibles, financieros, e inversiones en instrumentos financieros, se hace menester analizar el alcance del concepto determinado por el reglamento, de cara a otros rubros que integran el patrimonio bruto. Como se observa, la reglamentación en cuestión alude a conceptos de naturaleza contable, cuyo alcance se encuentra determinado por las previsiones técnicas en esa materia, con prescindencia de que se trate de Pymes o de grandes empresas, en tanto, al incentivo de la tarifa progresiva en renta, pueden acceder tanto las micro, como las pequeñas, medianas y las grandes empresas, a condición de que cumplan las condiciones previstas para el efecto. Si bien el actor alude a las NIIF para pymes, debe advertirse que las acepciones para los grupos de propiedad, planta y equipo e inventario son definidas armónicamente en las NIIF plenas y para pymes. Al efecto, las NIIF 17 para pymes define el grupo de «propiedad, planta y equipo» como aquellos «activos tangibles que se mantienen para su uso en la producción, suministro de bienes o servicios, para arrendarlos a terceros o con propósitos administrativos, y se esperan usar durante más de un periodo». Por su parte, las NIIF 13 para pymes define al grupo de inventarios como los «activos mantenidos para la venta en el curso normal de las operaciones; en proceso de producción con vistas a esa venta; o en forma de materiales o suministros, para ser consumidos en el proceso de producción, o en la prestación de servicios». Aunque los activos que, acorde con la norma reglamentaria, califican como inversión, podrían ser los que de manera preponderante son requeridos para el desarrollo de muchas actividades económicas, lo cierto es que partiendo de la definición técnica de «propiedad planta y equipo» referida a activos tangibles, así como la de «inventarios», esta calificación, excluiría per se otro tipo de activos que pudieran ser indispensables para el desarrollo de algunas actividades económicas. En el caso de los activos biológicos, a los que alude el

demandante, pertenecientes a otro grupo de activos (NIIF 34 para pymes), podrían calificar como propiedad, planta y equipo (como las semillas) o dentro de inventario (como las flores), pero ello no puede concluirse respecto de otros activos como los intangibles (NII 18 para pymes), para dar solo un ejemplo, los cuales por no enmarcarse en las definiciones de la norma reglamentaria, su adquisición no sería computable para el monto mínimo de la inversión acreditable por la nueva compañía a fin de acceder al beneficio, pese a que pudieran coadyuvar en la actividad económica de la nueva empresa y, por ende, al desarrollo económico de la a Zomac, propósito de la Ley 1819 de 2016. Para la Sala, lo anterior pone de presente que la norma reglamentaria redujo el alcance de la ley, pues esta solo se refirió a un monto mínimo de inversión, concepto amplio, en el cual puede enmarcarse la adquisición de activos diferentes a la propiedad, planta, equipo e inventarios, cuya única condición sería que se destinen al desarrollo de la correspondiente actividad productiva en la Zomac, conforme a lo previsto por la ley. Por consiguiente, para la Sala, la disposición reglamentaria excedió la ley, lo cual amerita su anulación.”.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Alcance y límites / RÉGIMEN DE TRIBUTACIÓN DE NUEVAS SOCIEDADES QUE INICIEN ACTIVIDADES EN ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC – Obligaciones de los contribuyentes / REQUISITOS PARA ACCEDER AL BENEFICIO O INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC / FINALIDAD DEL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO RUT / CONTENIDO DEL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO RUT / FINALIDAD DE LA INSCRIPCIÓN EN EL RUT DE LA CONDICIÓN DE ZOMAC / INSCRIPCIÓN EN EL RUT DE LA CONDICIÓN DE ZOMAC – Legalidad de los ordinales 1 y 2 del artículo 1.2.1.23.1.6 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1650 de 2017 / CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN ANUAL EXIGIDA PARA ACCEDER AL INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC / FINALIDAD DE LA CERTIFICACIÓN ANUAL EXIGIDA PARA ACCEDER AL INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC / CERTIFICACIÓN ANUAL DEL MONTO DE LOS ACTIVOS EXIGIDA PARA ACCEDER AL INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZONAS MÁS AFECTADAS POR EL CONFLICTO ARMADO ZOMAC - Legalidad del literal a) del ordinal 3 del artículo 1.2.1.23.1.6 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1650 de 2017

Problema jurídico 3: *¿Con las disposiciones reglamentarias del Decreto 1650 de 2017, el Gobierno excedió la potestad reglamentaria al determinar como requisito la indicación en el Rut de la condición de Zomac y señalar en el mismo mecanismo, previo al inicio de la actividad, si la sociedad es micro, pequeña, mediana o grande empresa, así como al exigir una certificación anual en la que conste, el monto de sus activos registrados en la escritura pública de constitución o en el documento privado de creación?*

Tesis 3: “Conforme se indicó en apartes precedentes, el hecho de que una norma reglamentaria fije requisitos con fines de control, no constituye un exceso de potestad reglamentaria, por lo que verificará la Sala si los requisitos exigidos se enmarcan en tal criterio. En relación con la información atinente a la condición de Zomac, así como la especificación de ser micro, pequeña o grande empresa, considera la Sala que se trata de información básica y relevante respecto de los contribuyentes que acceden al beneficio tributario de las Zomac, la cual debe ser actualizada en el Rut, comoquiera que este constituye el mecanismo de identificación y clasificación de los sujetos administrados por la DIAN (art. 555-2). Sobre este particular, ha indicado la Sala que, en el Rut está «*toda aquella información que (...) requiera la Administración, es agrupada en el sistema único de información (dirección de notificación, información sobre la actividad económica, etcétera), para facilitar no solo la gestión de la DIAN, sino de las demás entidades del Estado que la requieran*». Para la Sala resulta evidente que la disposición reglamentaria se dirige a recaudar la información que le permita a la autoridad tributaria detectar y controlar los contribuyentes beneficiados por la progresividad del impuesto sobre la renta, por ubicarse en las Zomac y cumplir las condiciones previstas para el efecto. Sobre la legalidad de la reglamentación que fija ese tipo de medidas de control, se pronunció la Sala con ocasión del estudio de legalidad del Decreto 4910 de 2011, norma reglamentaria del incentivo tributario para pymes consagrado por la Ley 1429 de 2010 (sentencia del 08 de agosto de 2019, exp. 19716, CP: Stella Jeannette Carvajal Basto). Respecto del reproche del demandante en torno a que la DIAN se demoró en implementar las condiciones para esas anotaciones y que lo hizo solo hasta el 2018, fecha para la cual, muchas empresas ya se habían inscrito en el Rut, por lo que estarían incurso en el incumplimiento del requisito, además de que al implementar la DIAN las casillas para señalar el tipo de empresa no acondicionó debidamente las casillas, se precisa aclarar que tales aspectos, no son atribuibles a la norma reglamentaria y, además, que su incumplimiento no se encuentra prevista en la norma reglamentaria como causal de pérdida del beneficio (art. 2.1.23.1.7), de manera que no encuentra la Sala que la consagración de tales requisitos derive en alguna ilegalidad. No prospera el

cargo de nulidad. 5.2- En relación con la certificación anual suscrita por el representante legal y revisor fiscal, o contador, que exige la norma reglamentaria, observa la Sala que pide especificar lo siguiente: (i) la categorización de la sociedad, teniendo en cuenta lo establecido en los numerales 1.º al 4.º del artículo 236 de la Ley 1819 de 2016; (ii) la existencia real y material de los activos; (iii) el registro de los activos de conformidad con los marcos técnicos normativos contables vigentes en Colombia; (iv) la incorporación de los activos al patrimonio bruto de la sociedad; y (v) la información que permita el control de los requisitos de inversión, generación de empleo, desarrollo de la actividad, y la ubicación real y material de la sociedad, seguido de lo cual se determina: «*el monto de los activos a certificar corresponde a los registrados en la escritura pública de constitución o en el documento privado de creación; esta certificación deberá estar a disposición de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN cuando se requiera*». Para la Sala, la información requerida igualmente tiene un propósito de control y seguimiento a los contribuyentes que accedan al beneficio de la tarifa progresiva en el impuesto de renta, por lo que la misma debe reflejar el monto de los activos al momento de creación de la sociedad, con los cuales se categorizó como micro, pequeña, mediana o grande empresa, según los parámetros de activos previstos en cada caso, en el artículo 236 de la Ley 1819 de 2016. En cualquier caso, la norma reglamentaria expresamente advierte en el artículo 1.2.1.23.1.3 que el contribuyente debe cumplir los montos mínimos de inversión y de generación de empleo «*exigidos para el periodo fiscal correspondiente del impuesto sobre la renta y complementario*», y consistente en ello, el artículo 1.2.1.23.1.4 señala que «*las nuevas sociedades que se acojan por cada año de vigencia del régimen de tributación de que trata el artículo 237 de la Ley 1819 de 2016, deberán cumplir y mantener los montos de inversión definidos en el anexo No. 3 del presente decreto*», lo cual corresponde en esencia a la estructura del impuesto sobre la renta, que reprocha la parte demandante. Por lo anterior, no encuentra la Sala ilegalidad en la exigencia relacionada con la certificación anual del monto de los activos registrados en la escritura pública de constitución o en el documento privado de creación.”.

Aclaración de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

CONCEPTO DE INVERSIÓN PARA EFECTOS DEL INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZOMAC - Ilegalidad de la expresión «*propiedad, planta, equipo e inventario*» contenida en el artículo 1.2.1.23.1.1 del Decreto 1625 de 2016, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1650 de 2017 / ALCANCE DE LA EXPRESIÓN MONTO MÍNIMO DE PROPIEDAD EN LA DEFINICIÓN DE INVERSIÓN PARA ACCEDER AL INCENTIVO TRIBUTARIO PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ZOMAC

Tesis: “Mediante sentencia del 19 de julio de 2023, la Sala declaró la nulidad de la expresión «*propiedad, planta, equipo e inventario*» contenida en la definición de inversión del artículo 1.2.1.23.1.1 del DUR 1625 de 2016, adicionado por el artículo 2 del Decreto 1650 de 2017. La *ratio decidendi* acogida fue: “*Aunque los activos que, acorde con la norma reglamentaria, califican como inversión, podrían ser los que de manera preponderante son requeridos para el desarrollo de muchas actividades económicas, lo cierto es que partiendo de la definición técnica de «propiedad planta y equipo» referida a activos tangibles, así como la de «inventarios», esta calificación, excluiría per se otro tipo de activos que pudieran ser indispensables para el desarrollo de algunas actividades económicas*”. Aclaro el voto para precisar que, la norma reglamentaria al hacer mención al “*monto mínimo de propiedad*”, se refiere al derecho de propiedad lo que involucraría cualquier tipo de activo, por esto, la decisión debió fundarse en una interpretación literal de la norma, sin embargo, acompañó la decisión por cuanto dada la nulidad declarada, lo que se establece es que la inversión comprendería todo tipo de activos que pudieran ser necesarios para el desarrollo de las actividades económicas, lo que coincide con el fin último de la interpretación que aduje.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 19 de julio de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2021-00095-00 \(26243\).](#)

4. Se suspenden provisionalmente el aparte del punto 3 del Concepto 000I2023000641 del 20 de enero de 2023 y el numeral 1.1 del Concepto 000I2023002390 del 1 de marzo de 2023, ambos expedidos por la DIAN y en los que se interpretó al sujeto pasivo del impuesto

nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes.

Síntesis del caso: *En los Conceptos 000I2023000641 del 20 de enero y 000I20230002390 del 1 de marzo de 2023, la Dirección de Gestión Jurídica/Subdirección Normativa y Doctrina de la DIAN emitió concepto general respecto del impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes previsto en los artículos 50, 51, 52 y 53 de la Ley 2277 de 2022. En Sala Unitaria se adoptó la decisión de suspender provisionalmente el aparte del punto 3 del Concepto 000I2023000641 y el numeral 1.1 del Concepto 000I20230002390, en cuanto la confrontación entre tales apartes y los artículos 50 y 51 de la Ley 2277, permitió advertir que la DIAN desconoció la definición legal del importador y del productor como sujetos pasivos del impuesto en mención. Así, se encontró, preliminarmente, que los apartes de los oficios suspendidos, al señalar el sujeto pasivo del impuesto, no solo omitieron remitirse a la definición de productor y/o importador, contenida en el literal c) del artículo 50 de la Ley 2277, sino que ampararon su interpretación en el concepto de hecho generador prevista en el inciso 2 del artículo 51 ib., identificando así a un sujeto pasivo que no coincide con el que fue dispuesto por el legislador. A la par, se indicó que la decisión que se adoptó de manera preliminar surgió de la confrontación de las normas superiores con los actos demandados, sin perjuicio de lo que se determine en la sentencia que defina el proceso.*

IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES – Elementos / HECHO GENERADOR DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / CAUSACIÓN DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / TARIFA DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES / PRODUCTOR Y/O IMPORTADOR DE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES – Definición y características / SUJETO PASIVO Y RESPONSABLE DEL IMPUESTO NACIONAL SOBRE PRODUCTOS PLÁSTICOS DE UN SOLO USO UTILIZADOS PARA ENVASAR, EMBALAR O EMPACAR BIENES - Suspensión provisional del aparte del punto 3 del Concepto DIAN 000I2023000641 del 20 de enero de 2023 y del numeral 1.1 del Concepto DIAN 000I20230002390 del 1 de marzo de 2023. Violación de los artículos 50 y 51 de la Ley 2277 de 2022

Problema jurídico: *¿Procede la medida cautelar de suspensión provisional (total o parcial) de los Conceptos 000I2023000641 del 20 de enero y 000I20230002390 del 1 de marzo de 2023, proferidos por la Dirección de Gestión Jurídica/Subdirección Normativa y Doctrina de la DIAN?*

Tesis: "En el presente caso el fundamento de la solicitud suspensión provisional, que contiene pretensiones principales y subsidiarias, se centra en que los conceptos 000I2023000641 del 20 de enero y 000I20230002390 del 1 de marzo de 2023 desconocen e interpretan de manera indebida los artículos 50, 51, 52 y 53 de la Ley 2277 de 2022, que crean y desarrollan el impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, específicamente, en lo que tiene que ver con los elementos del tributo. Preliminarmente, una vez revisados los conceptos demandados, el magistrado ponente advierte que, solo uno de los asuntos puestos de presente por la Cámara Ambiental del Plástico sugiere una contradicción manifiesta con las normas superiores, esto es, lo referente a la interpretación dada al sujeto pasivo del impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes. Para el efecto, el Despacho traerá a estudio los artículos 50 y 51 de la Ley 2277 de 2022 y los apartes de los conceptos demandados de los cuales se desprende la contradicción manifiesta: El artículo 51 de la Ley 2277 de 2022, creó el impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes y, señaló los elementos del tributo así: *Artículo 51. Impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes. Créase el impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes. El hecho generador del impuesto es la venta, el retiro para consumo propio o la importación para consumo propio, de los productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes. El impuesto se causará en las ventas efectuadas por los*

productores, en la fecha de emisión de la factura; en los retiros para consumo de los productores, en la fecha del retiro; y en las importaciones, en la fecha en que se nacionalice el bien. **El sujeto pasivo y responsable del impuesto es el productor o importador, según corresponda.** La base gravable del impuesto es el peso en gramos del envase, embalaje o empaque de plástico de un solo uso. La tarifa del impuesto es de cero coma cero cero cinco (0,00005) UVT por cada un (1) gramo del envase, embalaje o empaque. (...) (Subrayado y negrilla fuera de texto) Por su parte, para efectos del impuesto bajo estudio, el artículo 50 de la Ley 2277 de 2022, definió, entre otros conceptos, el de **productor y/o importador** de productos plásticos de un solo uso y señala las características que estos deben tener, así: (...) c) **Productor y/o importador de productos plásticos de un solo uso persona natural o jurídica que, con independencia de la técnica de venta utilizada, incluidas las ventas a distancia o por medios electrónicos, cumpla con alguna de las siguientes características: 1. Fabrique - ensamble o re-manufacture bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso. 2. Importe bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso.** (...) (Subrayado y negrilla fuera de texto) Ahora, en los conceptos demandados la Dian, al resolver diferentes interrogantes que se habían formulado en torno a la interpretación y aplicación del impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, respecto al sujeto pasivo del tributo, se pronunció así: - En el aparte del punto 3 del Concepto 00012023000641 del 20 de enero de 2023 indicó: (...) **Por su parte, el inciso 4° del artículo 51 ibidem consagra: «El sujeto pasivo y responsable del impuesto es el productor o importador, según corresponda.» Este inciso debe interpretarse armónicamente con el inciso 2° del artículo 51 en comento, entendiéndose que la venta, retiro o importación con la que se genera el Impuesto se circunscribe a «productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes»** - Y en el numeral 1.1. del Concepto 00012023002390 del 1 de marzo de 2023, explicó: 1.1. **¿Quiénes son contribuyentes del Impuesto? Son contribuyentes del Impuesto los productores o importadores, según el caso, de productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes, quienes -a la par- fungen como responsables del mismo, tal y como lo prevé el inciso 4 del artículo 51 de la Ley 2277 de 2022.** De la simple confrontación realizada entre los artículos 50 y 51 de la Ley 2277 y los apartes de los conceptos demandados, el Despacho considera que la Dian desconoció la definición de importador y del productor como sujetos pasivos del impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes. En efecto, el literal d) del artículo 50 de la Ley 2277 dispuso que es productor y/o importador de productos plásticos de un solo uso la persona natural o jurídica que cumpla con algunas de las siguientes características: (i) fabrique, ensamble o re manufacture bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso o, que (ii) importe bienes para su comercialización en el territorio colombiano, que estén contenidos en envases, embalajes o empaques de plástico de un solo uso. Mientras tanto, los conceptos acusados señalan que el sujeto pasivo y responsable del tributo es quien produzca o importe productos plásticos de un solo uso para embalar, envasar o empacar bienes. De hecho, el Concepto 00012023000641 del 20 de enero de 2023, señala que el inciso 4° del artículo 51 que regula el sujeto pasivo, debe interpretarse «armónicamente» con el inciso 2 del artículo 51 ib. referido al hecho generador, que se circunscribe a *“la venta, el retiro para consumo propio o la importación para consumo propio de la importación de productos plásticos de un solo uso utilizados para envasar, embalar o empacar bienes”*, y en el mismo sentido lo indicó el numeral 1.1. del Concepto 00012023002390 del 1 de marzo de 2023. Sin embargo, los actos demandados omiten referirse al literal c) del artículo 50, en el que está definido el concepto del productor y/o importador, los cuales finalmente corresponden a los sujetos pasivos y responsables del tributo. Para el magistrado ponente, al confrontar los actos demandados con las normas superiores invocadas como violadas surge, de modo inicial, una contradicción, pues los primeros, al momento de señalar el sujeto pasivo del impuesto nacional sobre productos plásticos de un solo uso, no solo omitieron remitirse a la definición de productor y/o importador dada en el literal c) del artículo 50 de la Ley 2277, sino que, ampararon su interpretación en el concepto de hecho generador prevista en el inciso 2 del artículo 51 ib., identificando así, un sujeto pasivo que no coincide con el que fue dispuesto por el legislador. No resulta admisible que la administración tributaria desatienda la definición expresa que consagró el legislador, extralimitando la función de interpretación que le otorgan las disposiciones legales. De esta forma, el despacho evidencia que se cumplen los presupuestos para decretar la medida cautelar, dado que de forma preliminar se constata una violación de la norma superior, concretamente de los artículos 50 y 51 de la Ley 2277 de 2022, sin perjuicio de lo que se determine en la sentencia que defina el proceso. Por tanto, para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, se decretará la suspensión provisional (i) del aparte del punto 3 del Concepto 00012023000641 del 20 de enero de 2023 y (ii) del numeral 1.1. del Concepto 00012023002390 del 1 de marzo de 2023, en los que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales interpretó al sujeto pasivo del impuesto en comento.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de 4 de septiembre de 2023, C. P. Wilson Ramos Girón, radicación: 11001-03-27-000-2023-00018-00 \(27715\).](#)

SECCIÓN QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se negó la nulidad del acto de elección del secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección del señor Alveiro Malaver Echeverría como secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, alegando que: (i) se desconoció el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 al no seguir, como este ordena, el procedimiento reglado para elegir a un servidor público por parte de una corporación pública, (ii) se desconoció el párrafo del artículo 54 de la Ley 5ª de 1992, al permitir reemplazar a quien el día anterior había quedado elegida como integrante de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado; (iii) el demandado no se inscribió y por tanto no fue habilitado para ser elegido como secretario de la comisión; (iv) la votación no se realizó de manera nominal y pública, sino por voto secreto mediante papeleta; (v) no se respetó el término de 3 días para realizar la sesión de elección de los dignatarios de las mesas directivas de las respectivas comisiones. La Sala negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que: (i) no hay razón para exigir la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018 en el presente caso; (ii) pese a la irregularidad presentada en el cambio de representante del partido Comunes la misma no tiene la fuerza para nulificar la elección demandada, (iii) aunque el demandado no se inscribió de forma expresa al cargo de secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, esto no afecta la elección, pues no hay norma que así lo establezca; (iv) no procedía la votación nominal y pública como lo alegó el demandante sino mediante el voto secreto; y, (v) no hubo desconocimiento de la norma alegada, como quiera que la citación se realizó con la debida antelación.

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL SECRETARIO DE LA COMISIÓN DE ÉTICA Y ESTATUTO DEL CONGRESISTA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA / INNECESARIA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY / CAMBIO DE REPRESENTANTE / INSCRIPCIÓN AL CARGO DE SECRETARIO DE LA COMISIÓN / VOTO SECRETO / CITACIÓN CON ANTELACIÓN PARA LA ELECCIÓN

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar si es nulo o no el acto mediante el cual se declaró la elección del señor Alveiro Malaver Echeverría como secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República. Para el efecto, se debe determinar si esta se rige por el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, en virtud de la analogía prevista en dicha norma para elegir a un servidor de una corporación pública o si por el contrario se debe aplicar la Ley 5ª de 1992, de encontrar que la norma a emplear es esta última, se procederá a estudiar si se: i) Desconoció el párrafo del artículo 54 de la Ley 5ª de 1992, al haberse permitido que la senadora Imelda Daza Cotes reemplazara a quién el día anterior había quedado elegida como integrante de la comisión, la senadora Sandra Ramírez; ii) Desconoció del artículo 60 de la Ley 5ª de 1992, porque el señor Alveiro Malaver Echeverría no se inscribió y, por consiguiente, no fue habilitado por la Comisión de Acreditación para ser elegido en el cargo de secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del Senado de la República; iii) Vulneró del procedimiento fijado en el artículo 136 de la Ley 5ª de 1992, en razón a que la votación no se realizó de manera nominal y pública, sino por voto secreto mediante papeleta; y iv) Vulneró el artículo 138 de la Ley 5ª de 1992, al no respetar el término de los 3 días que deben transcurrir para realizar la sesión de elección de los dignatarios de las mesas directivas de las respectivas comisiones.

Tesis: “[1] Aplicación del párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 en la presente elección. (...). Como primer fundamento señaló que se desconoció el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 al no seguir, como este ordena, el procedimiento reglado para elegir a un servidor público por parte de una corporación pública. (...). De la normativa anterior, la Sala precisó que, para que sea posible su aplicación analógica, es necesario el cumplimiento de dos presupuestos, a saber, i) que se trate de una elección atribuida a una corporación pública y ii) que la misma no se encuentre regulada por una ley especial. (...). Se encuentra que la elección cuestionada cumple con el primero de los requisitos, por cuanto, está atribuida a una corporación pública, a saber, el Senado de la República, pues según las voces del artículo 50 de la Ley 5ª de 1992, establece que los secretarios de las comisiones permanentes tendrán las mismas calidades del secretario general. No obstante, no ocurre lo mismo con el segundo de los presupuestos, debido a que de la norma antes referida, se extrae que los secretarios de las comisiones serán elegidos por la respectiva comisión y que “tendrá las mismas calidades del Secretario General”. Teniendo claro lo anterior, la Ley 5ª de 1992, en su artículo 136, contiene las reglas a seguir para la

realización de las elecciones que deban efectuar cada una de las cámaras que conforman el Congreso de la República (...). En otros términos, la Ley 5ª de 1992 contempló los requisitos y el procedimiento para adelantar la designación de los secretarios de las comisiones, por lo que no hay razón para exigir la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018 en el presente caso. (...). [2] Vulneración del parágrafo del artículo 54 de la Ley 5ª de 1992. Precisó el actor que, se desconoció el parágrafo del artículo 54 de la Ley 5ª de 1992, pues se permitió reemplazar a quien el día anterior quedó elegida como integrante de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado la senadora Sandra Ramírez Lobo por la senadora Imelda Daza Cotes, las dos pertenecientes al partido Comunes. Consideró que, solo pueden realizarse cambios de los integrantes de las comisiones, por una sola vez, siempre que se autorice por la Corporación, es decir, la Plenaria que es quién aprueba los integrantes de las diferentes comisiones. (...). [C]oncluye la Sala que los partidos gozan de la libertad de modificar los representantes que tienen en cada comisión, pero cumpliendo el procedimiento dispuesto por el Reglamento del Congreso para tal fin, es por esto que el cambio de senadora realizado por el partido Comunes no cumplió con lo señalado en el parágrafo del artículo 54 de la Ley 5ª de 1992, pues dicha modificación debió haber sido aprobada por la Plenaria del Senado, situación que no se surtió, en nada influye que dicho cambio se haya dado antes de la instalación de la comisión, como lo consideró la defensa. Sin embargo, dicha irregularidad no afecta la elección del demandado pues como se evidencia en el Acta 1 del 27 de julio de 2022, el señor Alveiro Malaver Echeverría fue el único candidato acreditado que fue postulado para el cargo de secretario, realizada por los partidos Liberal, Centro Democrático, Cambio Radical y Comunes, por lo que, su postulación no se ve afectada. (...). [S]i bien se presentó una irregularidad en el cambio de representante del partido Comunes la misma no tiene la fuerza para nulificar la elección demandada. [3] Vulneración del artículo 60 de la Ley 5ª de 1992. El demandante señaló que se desconoció el artículo 60 de la Ley 5ª de 1992, toda vez que el señor Alveiro Malaver Echeverría, no se inscribió, por consiguiente, no fue acreditado o habilitado para ser elegido como secretario de la Comisión Legal de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República. (...). Aclara la Sala que si bien el demandado no se inscribió de forma expresa al cargo de secretario de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado de la República, esto no afecta la elección, pues no hay norma que así lo establezca, al contrario la obligación señalada en el artículo 60 fue cumplida a cabalidad, ya que, como se pudo evidenciar del recuento probatorio anterior, la lista de habilitados publicada en el micrositio web de la convocatoria se realizó de forma general, y fue con base en esta que varios senadores postularon al demandado para el cargo de secretario, además los requisitos para acceder al cargo de secretario de comisión, acorde con el artículo 50 de la Ley 5ª de 1992, son los mismos que para ser secretario general, y estos son iguales a los señalados para ser miembro del Senado de la República. [4] Vulneración del artículo 136 de la Ley 5ª de 1992. Para el demandante, se vulneró del procedimiento fijado en el artículo 136 de la Ley 5ª de 1992, en razón a que la votación no se realizó de manera nominal y pública, sino por voto secreto mediante papeleta. (...). Está claro que, el procedimiento de voto secreto está reglado en el artículo 131 y autorizado para la elección demandada por el artículo 136 de la Ley 5ª de 1992, por tal razón, no procedía la votación nominal y pública como lo alegó el demandante pues prevalece el criterio individual del congresista frente al mérito y experiencia del postulado, con el fin de que el voto sea ejercido sin presiones, lo cual se garantizaría cuando aquel es secreto, por lo que, el procedimiento utilizado para la elección del demandado estuvo acorde con la ley. [5] Vulneración del artículo 138 de la Ley 5ª de 1992. Precisó el actor que con la elección demandada se vulneró el artículo 138 de la Ley 5ª de 1992, al no respetar el término de los 3 días que deben transcurrir para realizar la sesión de elección de los dignatarios de las mesas directivas de las respectivas comisiones, pues el 20 de julio de 2022 se convocó para el 26 de julio siguiente, sin embargo, en esta fecha sólo se instalaron y eligieron las Comisiones Constitucionales, corriendo para el 27 de julio siguiente la instalación y elección de mesas directivas y secretarías de las Comisiones Legales y Especiales. (...). Para la Sala, no se presenta desconocimiento del artículo 138 de la Ley 5ª de 1992, como quiera que la citación se realizó con la debida antelación, pues el 20 de julio de 2022 se citó para el 26 de julio, y fue, por cuestión de tiempo, que se programó la continuación de las mismas para el día siguiente, es decir para el 27 de julio de 2022. Por consiguiente, comoquiera que no se desvirtuó la presunción de legalidad que reviste el acto de elección acusado, se impone desestimar las pretensiones de la demanda.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 13 de julio de 2023; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00292-00.](#)

Aclaración de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

ELECCIÓN DEL SECRETARIO DE LA COMISIÓN DE ÉTICA Y ESTATUTO DEL CONGRESISTA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA / PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD, TRANSPARENCIA, PARTICIPACIÓN CIUDADANA, EQUIDAD DE GÉNERO Y CRITERIOS DE MÉRITOS PARA SU SELECCIÓN

Tesis: “[Se estima] que resultaba necesario revisar en concreto cómo se desarrolló el procedimiento para

la elección del demandado y ponderar si el provisto por la Ley 5ª de 1992 en realidad de verdad satisface los principios indicados en el artículo 126 de la Constitución Política (...). [E] artículo 136 de la Ley 5ª de 1992, que soporta fundamentalmente el fallo objeto de estas glosas, se limita a establecer una cadena de actuaciones que deben surtirse para votar y escutar los votos de las elecciones que corresponden al Congreso. Más allá de eso, no prevé etapas, pruebas ni criterios de selección, en los términos de la convocatoria pública de la ley cuya aplicación por analogía se discute. (...). En conclusión, [se considera] que en este caso ha debido verificarse si el procedimiento de la Ley 5ª de 1992 que se siguió para la elección del demandado se aviene a los principios indicados en el artículo 126 de la Constitución. Así mismo, pudo servir de oportunidad para exhortar al Congreso de la República a expedir las leyes de que trata el parágrafo del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, en especial, la relacionada con la elección de los servidores públicos de su planta de personal que correspondan a la plenaria, sus cámaras y comisiones.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 13 de julio de 2023; A.V. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2022-00292-00.](#)

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate

CONVOCATORIA PARA LA ELECCIÓN DEL SECRETARIO DE LA COMISIÓN DE ÉTICA Y ESTATUTO DEL CONGRESISTA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA / RESERVA LEGAL ORGÁNICA

Tesis: “[Se deja] en primer lugar constancia de las razones que (...) llevaron, en las oportunidades pasadas, a salvar y a aclarar el voto: [1] La Ley 5 de 1992 no contiene un procedimiento de convocatoria especial para la elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República. (...). [L]a convocatoria pública cuenta, en la actualidad, con fundamentos constitucionales – artículo 126 superior–, que ordenan que los procedimientos de reclutamiento para la provisión de cargos en cabeza de las corporaciones públicas respondan a principios como el mérito, la participación ciudadana y la equidad de género, que no son referentes axiológicos tenidos en cuenta por el trámite regulado en el artículo 136 de la Ley 5 de 1992, relacionado tan solo con el día electoral. [2] La elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República no es una materia que disponga de reserva legal orgánica. (...). [A]nciando a un estudio sistemático de la materia –que agolpa tanto las normas de la Ley 5 de 1992 como las disposiciones de la Carta Política– se tiene que la elección del secretario demandado –en cuanto a sus procedimientos– es una temática de esencia ordinaria que, contrario a lo determinado en el fallo del 13 de julio de 2023, puede ser reglamentada por un cuerpo normativo del mismo nivel, a saber, la Ley 1904 de 2018. (...). [L]a elección del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República, a pesar de estar inscrita en el contenido de la Ley 5 de 1992, no puede ser comprendida como un aspecto de naturaleza orgánica –que se encuentre exento de la aplicación de las disposiciones de la Ley 1904 de 2018, de origen ordinario–, al tratarse de un asunto que, de conformidad con el artículo 150.20 de la Constitución, puede ser reglamentado, a través de ese tipo de leyes –leyes ordinarias–. [3] La Ley 5 de 1992 prescribe que los aspectos no regulados en ella podrán ser suplidos con la aplicación de leyes que regulen temas semejantes. (...). [D]e cara a la inexistencia de prescripciones jurídicas que normaran el proceso de convocatoria pública para la designación del secretario de la Comisión de Ética y estatuto del congresista del senado de la República en el texto de la Ley 5 de 1992, era deber del Senado –como autoridad nominadora– hacer uso de las disposiciones de la Ley 1904 de 2018; estatuto que, como quedó demostrado dentro del trámite, no fue aplicado para la elección del demandado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 13 de julio de 2023; A.V. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00292-00.](#)

2. Se declaró la nulidad del acto de designación en encargo del alcalde municipal de Girón.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de designación por medio del cual el gobernador de Santander encargó al señor Javier Orlando Acevedo Beltrán como alcalde municipal de Girón, aduciendo que el gobernador desestimó la terna presentada por el partido Alianza Verde para reemplazar al alcalde de Girón. La Sala revocó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar la nulidad del acto demandado, teniendo en cuenta que se demostró que el gobernador obró discrecionalmente en la designación en encargo del alcalde municipal de Girón, dejando de lado el procedimiento establecido para tal fin.*

NULIDAD ELECTORAL / DESIGNACIÓN EN ENCARGO DEL ALCALDE MUNICIPAL / DERECHO DEL PARTIDO A POSTULAR LOS INTEGRANTES DE LA TERNA / EXTEMPORANEIDAD EN LA PRESENTACIÓN DE LA TERNA

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala examinar si la sentencia proferida el 10 de mayo de 2023, debe ser revocada, modificada o confirmada, a la luz de los argumentos expuestos en el memorial impugnatorio, que conlleva a establecer: i) si se desconoció el derecho del partido Alianza Verde a postular los integrantes de la terna para la selección de quien sería el alcalde de Girón para lo que resta del período constitucional 2020-2023 y, ii) si fue extemporánea su presentación ante el nominador.*

Tesis: “[L]a selección del representante legal de cada municipio es un asunto que conforme con los principios democráticos que irradian nuestro sistema jurídico, surge por la voluntad popular manifestada a través del voto de los ciudadanos residentes en el correspondiente municipio o distrito. (...). Es así como, para las faltas absolutas, la Constitución previó en el inciso 2 del artículo 314 que siempre que se presente a más de 18 meses de la terminación del período, se elegirá por voto popular un nuevo alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de 18 meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el elegido. En desarrollo de ese precepto superior, la Ley 1475 de 2011 en el parágrafo 3 del artículo 29 estableció que en caso de faltas absolutas el gobernador [para el caso de alcaldes municipales], dentro de los 2 días siguientes a la ocurrencia de la causal, solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los 10 días hábiles siguientes al de recibo de la solicitud no presentaren la terna, el nominador designará a un ciudadano respetando el partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato. Ahora bien, para las faltas temporales, el artículo 106 de la Ley 136 de 1994 se ocupó de determinar el procedimiento a seguir, esto es: i) los gobernadores para los casos de suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección, ii) si la falta fuere temporal, [excepto la suspensión], el alcalde encargará de sus funciones a uno de los secretarios o quien haga sus veces y, iii) si no pudiere hacerlo, el secretario de Gobierno o único del lugar asumirá las funciones mientras el titular se reintegra o encarga a uno de sus secretarios. (...). Caracterización del acuerdo de coalición. (...). [L]a norma estatutaria [artículo 29 de la Ley 1475 de 2011] reguló el contenido mínimo que debe tener el acuerdo de coalición, eso sí, dejando claro que es vinculante para quienes lo suscriben, no sólo en el momento de signarlo, por el contrario, las cargas en él contempladas deben honrarse aún después de elegido el candidato, dado que allí es donde se materializa el voto programático, principio que como puede verse es transversal al mencionado acuerdo o pacto de voluntades políticas, razón por la que al contar con un mayor respaldo popular por la unión de las fuerzas debe ser claro y ajeno a cualquier vicio que pueda alterar el cometido constitucional de pureza del sufragio. (...). [1] Desconocimiento del derecho del partido Alianza Verde a postular los integrantes de la terna para la selección de quién sería el alcalde de Girón para lo que resta del período constitucional 2020-2023. De lo que se encuentra en el expediente, se puede colegir que las razones fundantes para no tener en cuenta los postulados por las colectividades, fue que no se presentó una terna sino una lista de 5 aspirantes para reemplazar al primer mandatario de Girón, aspecto que a la luz del nominador, lo facultaba, ante la falta de ese requisitos, para designar discrecionalmente al burgomaestre. (...). Quiere decir esto, que al no existir consenso entre las colectividades, conforme con los documentos que fueron adosados como soporte del acto demandado, el nominador debió velar por mantener el voto programático para respetar el acuerdo de voluntades o acto de coalición y tener como válida la terna presentada por la Alianza Verde, dando primacía al valor democrático del sufragio que refrendó ese proyecto político, finalidad que es la perseguida por la norma superior, al buscar que sean quienes inscribieron al elegido los que puedan reemplazarlo. Esta última razón y en consonancia con lo prescrito por los artículos 314 de la Constitución Política y 29 parágrafo 3 de la Ley 1475 de 2011, de ninguna manera se deduce competencia alguna para designar el alcalde conforme sucedió, esto es de forma discrecional, por cuanto el gobernador no es su jefe funcional, salvo en lo que se deriva de la conservación del orden público conforme el artículo 315.2 Superior. Por ello, tanto la Constitución como la Ley Estatutaria 1475 de 2011, establecen un procedimiento que excluye la designación discrecional por parte del gobernador, en aras de salvaguardar la participación ciudadana expresada en las urnas, reconocida en las colectividades que postularon los candidatos que resultaron electos. Así las cosas, se advierte que le asiste razón al apelante, cuando señaló que tenía el derecho legítimo para confeccionar la terna en su totalidad, según lo pactado por quienes intervinieron en el acto de inscripción del alcalde anulado. [2] Extemporaneidad en la presentación de la terna. El fallador de primera instancia, negó las pretensiones de la demanda, acogiendo el argumento de defensa según el cual, la entrega de la terna por parte de Alianza Verde fue extemporánea, por cuanto contaba hasta el 10 de noviembre de 2022 para aportarla según lo normado en el parágrafo 3 del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, que consagra un plazo de 10 días hábiles para tal fin desde el requerimiento del nominador. (...). Si

bien es cierto, en este caso la Alianza Verde en estricto sentido excedió el plazo que la norma establece, esto es, los 10 días para la remisión de la terna, también lo es que previo a que el nominador expidiera el acto demandado, hizo uso de su prerrogativa de postular sus candidatos, es decir, la colectividad no guardó silencio ni omitió su derecho/deber democrático de integrar la terna, por el contrario, pasado sólo 1 día hábil del vencimiento del término, allegó al gobernador de Santander el escrito contentivo de los candidatos a reemplazar al elegido. (...). En el caso concreto, el nominador no tuvo en cuenta que a la fecha de expedición del acto demandado, existían aspirantes postulados, de los cuales, podía escoger el reemplazo del alcalde de Girón respetando el mandato a él impuesto por el artículo 314 Superior (...). Con todo, para este caso, no se advierte que el solo hecho que el partido Alianza Verde hubiese excedido el término de entrega por 1 día hábil, en el cual, tampoco se había expedido el acto demandado, devenga en legítimo para desconocer derechos fundamentales que contrarían las máximas de la representatividad democrática como lo es el fortalecimiento de los partidos y movimientos políticos que son los que postulan a los elegidos popularmente.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 6 de julio de 2023; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 68001-23-33-000-2023-00006-01 \(acumulado\).](#)

3. Se confirmó la decisión que declaró la nulidad del acto de elección del contralor del departamento de Risaralda.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del contralor del departamento de Risaralda, aduciendo que dicha elección se hizo con infracción de las normas en que debía fundarse y de forma irregular, en la medida que, al presentarse el retiro de uno de los ternados, no podía continuarse con la elección, sino que debía citarse al siguiente en orden de elegibilidad y recomponer la terna. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que declaró la nulidad de la elección del señor Giovanni Arias como contralor del Risaralda, teniendo en cuenta que se acreditó que el acto acusado desconoció las normas que regulan el procedimiento de elección, esto es, el artículo 272 superior y parágrafo del artículo 10 de la Resolución 0728 de 2019, al no reconstituir la terna luego de la renuncia irrevocable de uno de los ternados.*

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL / RENUNCIA A LA TERNA / RECOMPOSICIÓN DE LA TERNA

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala resolver, conforme a la fijación del litigio y el marco propuesto en los recursos de apelación, si confirma, revoca o modifica la sentencia impugnada que declaró la nulidad del acto acusado por encontrar vicios en el procedimiento o si, por el contrario, el trámite se ajusta al ordenamiento jurídico.*

Tesis: “[E]n virtud de la facultad reglamentaria prevista en el artículo 6 del Acto Legislativo 04 de 2019, la Contraloría General de la República expidió la Resolución 0728 de 2019, «por la cual se establecen los términos generales de las convocatorias públicas de selección de contralores territoriales», cuyo artículo 10 consagra la exigencia de que el proceso de elección del contralor se realice mediante terna conformada con quienes ocupen los tres primeros lugares de acuerdo con el puntaje final consolidado, la cual se encuentra sometida al principio de publicidad por parte de la respectiva corporación. (...). Del texto se concluye con claridad la consagración de la regla según la cual se deberá recomponer la terna frente a la existencia de situaciones que generen su desintegración, para cuyo efecto lo procedente es llamar al aspirante que ocupó el cuarto lugar en el puntaje final de la convocatoria pública, y así sucesivamente en estricto orden de mérito, razón por la que no es aplicable el inciso 2 del artículo 9 de la Ley 1904 de 2018 teniendo en cuenta que el contralor general, en uso de sus competencias constitucionales, reglamentó el procedimiento que da lugar a la elección de contralores departamentales, de manera integral, sin que existan vacíos en este punto motivo por el cual, debe tener en cuenta lo contenido en la referida resolución. (...). En esos términos, se concluye que la designación del contralor territorial debe estar precedida de una terna debidamente integrada para el momento en que se lleve a cabo la sesión plenaria de la respectiva corporación administrativa en la que se realice la elección. (...). [A]nte la manifestación voluntaria y expresa de Carlos Alberto Gallego Suárez de declinar a su aspiración, la terna inicial se desintegró, por cuanto solo se incluyeron dos de los tres participantes seleccionados, circunstancia que imponía para la asamblea el deber de reconstituirla con quien obtuvo el cuarto lugar del puntaje definitivo. En las anotadas condiciones, se encuentra que al momento de realizarse la elección del contralor departamental no estaba garantizada la integridad de la terna por la falta absoluta derivada del retiro de uno de los aspirantes,

circunstancia que implicaba indefectiblemente la suspensión de la elección con el propósito de que la terna fuera recompuesta, con sujeción al procedimiento reglado en el párrafo del artículo 10 de la Resolución 0728 de 2019. (...). Con fundamento en lo anterior, la decisión de la asamblea de no aceptar la renuncia presentada constituye no solo un constreñimiento a la expresa y libre voluntad del aspirante de apartarse de la convocatoria, sino que, adicionalmente, se erige como un falso motivo para soportar la continuación del proceso de elección, toda vez que, a pesar de tener certeza de esa circunstancia, creó la ficción de que la terna estaba debidamente conformada, hasta llegar al extremo de depositar un voto a favor de la aspiración declinada. (...). Así las cosas, los argumentos expuestos en los recursos de apelación no tienen vocación de prosperidad por cuanto el acto acusado desconoció las normas que regulan el procedimiento de elección, esto es, el artículo 272 superior y párrafo del artículo 10 de la Resolución 0728 de 2019, al no reconstituir la terna luego de la renuncia irrevocable de uno de los ternados.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 19 de julio de 2023; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 66001-23-33-000-2022-00076-02 \(acumulado\).](#)

4. Se negó la nulidad del decreto presidencial que regula las calidades que se deben acreditar para los cargos de Superintendente de Industria y Comercio, Superintendencia de Sociedades y Superintendente Financiero.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del decreto presidencial que reguló, entre otras cosas, las calidades exigidas para ocupar los cargos de Superintendente de Industria y Comercio, Superintendencia de Sociedades y Superintendente Financiero, aduciendo que el presidente de la República excedió la potestad reglamentaria al regular aspectos que son competencia exclusiva del legislador. La Sala negó las pretensiones de la demanda luego de concluir que con la expedición de la norma objeto de reproche el presidente de la República no desbordó la atribución constitucional referida a la potestad reglamentaria, ni aparejó la transgresión de las disposiciones legales y de orden superior que invocó la parte accionante.*

NULIDAD ELECTORAL / DECRETO PRESIDENCIAL / REQUISITOS PARA EL CARGO DE SUPERINTENDENTE / POTESTAD REGLAMENTARIA / RÉGIMEN LEGAL PARA LA DESIGNACIÓN DE LOS SUPERINTENDENTES

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si está viciado de nulidad el artículo 2.2.34.1.2 - ordinal 1° - del Decreto 1083 de 2015 por infringir los artículos 13, 114 y 150 de la Constitución Política; 5 y 8 del Decreto 775 de 2005 y 10 de la Ley 30 de 1992 por cuanto, a través de la facultad reglamentaria del presidente de la República establecida en el artículo 189 constitucional reguló aspectos de competencia exclusiva del legislador.*

Tesis: “[1] Vulneración de los artículos 114 y 150 superiores. El accionante sustenta la transgresión de las aludidas disposiciones en el hecho de que el cargo de superintendente ha sido reconocido como un empleo público cuya provisión corresponde a la figura de libre nombramiento y remoción, razón por la que la determinación de sus requisitos de acceso corresponde de manera exclusiva al legislador. (...). [S]i bien corresponde al legislador la regulación del empleo público, lo cual incluye, entre otros, la definición de sus características y las condiciones de acceso, lo cierto es que no se trata de una de aquellas materias respecto de las cuales está proscrito que se concedan facultades extraordinarias al ejecutivo para expedir normas con fuerza de ley en la materia. En el mismo orden se concluye que el presidente de la República es la Suprema Autoridad Administrativa según lo establece el artículo 189 constitucional y, por ello, a través de las superintendencias cumple la función de inspección, control y vigilancia en los distintos sectores de la vida nacional. [2] Vulneración del artículo 13 constitucional. En concepto de la parte accionante dicha disposición se desconoció porque las exigencias de formación académica introducidas en la norma censurada respecto de los cargos de superintendente de Industria y Comercio; Financiero o de sociedades no fueron previstas para ocupar el mismo empleo en las demás superintendencias. (...). [C]ontrario a lo señalado por el actor, la norma censurada no prescribe un tratamiento preferencial que implique el desconocimiento del principio de igualdad, sino que pretende la concreción con mayor efectividad de las funciones previstas en los numerales 24 y 27 del artículo 189 superior, escenario que conlleva a la

exigencia de requisitos específicos que difieren de los exigidos para otras superintendencias. Con todo, debe ponerse de presente que los destinatarios de la norma, quienes en abstracto se encuentran en situaciones fácticas idénticas, cuentan con condiciones de igualdad para el acceso al cargo de superintendente de Industria y Comercio; Financiero o de Sociedades, esto es, acreditando los requisitos de «Título profesional y título de postgrado en la modalidad de maestría o doctorado en áreas afines a las funciones del empleo a desempeñar». [3] Transgresión de los artículos 5 y 8 del Decreto 770 de 2005. La parte accionante aseveró que el apartado de la norma objeto de censura desconoció las mencionadas disposiciones del Decreto 770 de 2005 que, respectivamente, se refieren a i) las competencias laborales y requisitos para el ejercicio de los empleos, entre ellos, del nivel directivo, en el que se ubican los empleos de los superintendentes y a ii) las equivalencias entre estudios y experiencia. (...). [E]l legislador ha reconocido que el mérito es un criterio imperante en la función pública y que incluye a los cargos de libre nombramiento y remoción. Con tal claridad, la Sala considera que los requisitos específicos de formación establecidos en la norma cuya nulidad se depreca, resultan compatibles con tal premisa y, por ende, no se advierte que el legislador reglamentario desconociera el artículo 5 del Decreto 770 de 2005 como lo afirma el actor. (...). [L]a aplicación de «equivalencias» al fijar los requisitos específicos de estudio y experiencia de cada empleo no tiene el carácter de mandato claro e inequívoco, sino que corresponde a una posibilidad por la que el titular de la potestad reglamentaria puede optar o no, dentro de un margen razonable de decisión, así se desprende de la norma (podrán) cuando reconoce en el ejecutivo la facultad de establecer la correspondencia que reclama el demandante. Al margen de lo anterior, debe precisarse que el apartado cuestionado por el actor no hace referencia alguna al tema de las equivalencias, razón por la que no se advierte de qué manera podría su contenido contrariar lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 770 de 2015. [4] Vulneración del artículo 10 de la Ley 30 de 1992. La parte accionante aseveró que la norma objeto de reproche transgrede el artículo 10 de la Ley 30 de 1992, el cual establece que las especializaciones son programas de posgrado, razón por la que, en la reglamentación, las mismas no podían ser excluidas para acreditar el parámetro máximo a que se refiere el artículo 5 del Decreto 770 de 2005. El artículo que se alega violado determina las modalidades que se reconocen como títulos de posgrado en Colombia, a saber, las especializaciones, maestría, doctorado y postdoctorado y, en efecto, reconoce que las especializaciones son de aquella connotación. No obstante, tal aspecto no se ve modificado, desconocido o alterado en modo alguno por la norma demandada en el presente proceso, la cual, como se expuso, establece los requisitos para acceder a determinados cargos públicos. Finalmente, el hecho de que la norma censurada establezca que para ocupar el cargo de superintendente de Industria de Comercio; Financiero; y de Sociedades se debe contar con maestría o doctorado, en modo alguno significa que a través de la reglamentación le sea retirada a las especializaciones la condición de títulos de posgrado que la ley les reconoce.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 6 de julio de 2023; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-24-000-2022-00328-00.](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. La Ley 2161 de 2021 entró a regir desde su promulgación el 26 de noviembre de 2021, en consecuencia, a partir de ese día se hizo efectivo el incremento de los dos puntos porcentuales de la contribución del valor de la prima anual establecida para el SOAT, señalado en el artículo 3 ibidem. De igual modo, dicho incremento no tiene como objeto compensar la posible afectación a los recursos de la salud por el descuento del 10% concedido a los propietarios de los vehículos que registran un buen comportamiento vial, establecido en el artículo 2 de dicha norma.

Síntesis del caso: *La ministra de Salud y Protección Social solicitó un concepto a la Sala sobre la aplicación y entrada en vigencia de los artículos 2° y 3° de la Ley 2161 de 2021.*

INTERPRETACIÓN DE LA NORMA / INTERPRETACIÓN DE LA LEY / MODALIDADES DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY / INTERPRETACIÓN HISTÓRICA / INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEY / PÓLIZA DE SEGURO OBLIGATORIO / PRIMA DEL SEGURO / PAGO DE LA PRIMA DEL SEGURO / SOAT / DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SOAT / RECURSOS DEL SOAT / CONTRIBUCIÓN DEL SOAT

Problema jurídico 1: *Debe entenderse que la finalidad del artículo 3 de la Ley 2161 de 2021, al incrementar en 2 puntos porcentuales la contribución que pasó del 50% al 52% es compensar la posible afectación a los recursos de la salud por el descuento del 10% concedido a los propietarios de los vehículos que registran un buen comportamiento vial por no reportar siniestros que afecten la póliza del SOAT y haber renovado la misma de manera oportuna, según el artículo 2 ibidem?*

Tesis 1: “[A]l revisar el trámite surtido para la aprobación de la Ley 2161 de 2021, en lo que al artículo 3° respecta, se puede verificar que, en la exposición de motivos del proyecto no se contempló que la finalidad de incrementar en 2 puntos porcentuales la contribución de la prima anual del SOAT, pasando del 50% al 52%, fuera compensar la posible afectación a los recursos de la salud por el descuento concedido a los propietarios de los vehículos que registren un buen comportamiento vial por no reportar siniestros que afecten la póliza. Es claro que, en el curso del proyecto en la Cámara de Representantes, la modificación del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, que a la postre sería el artículo 3° de la Ley 2161, no estuvo prevista. (...) En los antecedentes referidos, no se evidencia que tal modificación, haya obedecido a un propósito de compensar una clara o potencial afectación a los recursos de la salud por el descuento del 10% concedido a los propietarios de los vehículos que registren un buen comportamiento vial. Incluso, se reitera, para los autores de la iniciativa había suficientes recursos del SOAT, los que se habrían mantenido desde el año 2018, por lo que concluyeron que «es viable pensar que el proyecto de ley puede significar un beneficio para quienes deben asumir esta responsabilidad económica, sin que, desde luego, el sistema sufra afectaciones negativas». Se complementa esta conclusión diciendo que el texto definitivo del artículo 2 ibidem, fue el que fijó el descuento en un 10 % de la prima del SOAT, y estableció que se aplicaría para la vigencia 2022, amén que incluyó una precisión que ayuda a dilucidar el objeto de esta consulta, al prever, respecto de dicho descuento, en el párrafo primero, lo siguiente: [...] de ninguna manera afectará el valor de la contribución a la ADRES, que se calculará sobre el valor de la prima fijado por la Superintendencia Financiera de Colombia. (...) Ni del texto de la norma ni de la aplicación de los métodos de interpretación histórico y teleológico, debe entenderse que la finalidad del artículo 3 de la Ley 2161 de 2021 es la de compensar la posible afectación a los recursos de la salud por el descuento del 10% concedido a los propietarios de los vehículos que registran un buen comportamiento vial por no reportar siniestros que afecten la póliza del SOAT y haber renovado la misma de manera oportuna”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre las características generales y finalidad del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -SOAT-, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2296 del 6 de septiembre de 2017 y 2396 del 27 de noviembre de 2018.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la subrogación a la ADRES de los contratos y convenios celebrados por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2369 del 6 de junio de 2018.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre los criterios de interpretación normativa, ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de abril de 2016. Radicado 2013-001340 y Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2326 de 2017.

PÓLIZA DE SEGURO OBLIGATORIO / PRIMA DEL SEGURO / PAGO DE LA PRIMA DEL SEGURO / SOAT / RECURSOS DEL SOAT / DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SOAT / CONTRIBUCIÓN DEL SOAT / VIGENCIA DE LA LEY

Problema jurídico 2: *¿Desde el 26 de noviembre de 2021 se consideraría que se hizo efectivo el incremento de los 2 puntos porcentuales de la contribución del valor de la prima anual establecida para el SOAT en el artículo 3 de la Ley 2161 de 2021?*

Tesis 2: “[E]l incremento de los 2 puntos porcentuales de la contribución del valor de la prima anual establecida para el SOAT en el artículo 3° de la Ley 2161 de 2021, es exigible desde el 26 de noviembre de 2021. Ante dicha circunstancia, su recaudo ha estado a cargo de las aseguradoras para su posterior transferencia a la ADRES, según lo previsto en el Decreto 780 de 2016, «[p]or medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social» (...) En tal virtud, para efectos de lo consultado por el ministerio, las compañías aseguradoras están obligadas a recaudar la contribución del SOAT con el incremento de 2 puntos porcentuales, desde el 26 de noviembre de 2021. Es por ello posible afirmar, que si las compañías aseguradoras no efectuaron dicho recaudo a partir de la entrada en vigor de la Ley 2161 de 2001, omitieron dar cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 2.6.4.2.1.12 del Decreto 780 de 2016, «[p]or medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social», y deberán asumir la diferencia del 2% no recaudado entre el 26 de noviembre y el 31 de diciembre de 2021. (...)”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el concepto de vigencia de la ley, ver: Corte Constitucional, sentencias C-873 de 2003, C-329 de 2001, C-1067 de 2008, C-444 de 2011, C-444 de 2011, SU-309 de 2019 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 2360 de 2017 y 2438 de 2020.

PÓLIZA DE SEGURO OBLIGATORIO / PRIMA DEL SEGURO / PAGO DE LA PRIMA DEL SEGURO / SOAT / RECURSOS DEL SOAT / RECAUDO DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL / CONTRIBUCIÓN DEL SOAT / OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD ASEGURADORA

Problema jurídico 3: *En caso de que el artículo 3 de la Ley 2161 de 2021 hubiese entrado en vigencia desde el 26 de noviembre de 2021, las compañías aseguradoras deben asumir la diferencia de la contribución del 2% adicional no recaudado entre el 26 de noviembre y el 31 de diciembre de 2021?*

Tesis 3: “Es obligación de las compañías aseguradoras recaudar desde el 26 de noviembre de 2021, la diferencia de la contribución establecida por el artículo 3° de la Ley 2161 de esa anualidad. Si no se hubiere efectuado tal recaudo, las aseguradoras deben asumir la diferencia”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2503 del 2 de agosto de 2023; C.P. María del Pilar Bahamón Falla, radicación: 11001-03-06-000-2023-00103-00\(2503\). Levantamiento de reserva mediante auto del 30 de agosto de 2023.](#)

2. El pago de la prima de méritos creada inicialmente para los funcionarios del Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales «Francisco José de Caldas» carece de fundamento constitucional y legal, por lo que dicho beneficio no podía ser objeto de reconocimiento.

Síntesis del caso: *El Gobierno nacional, por intermedio del ministro de Ciencia, Tecnología e Innovación, formuló consulta a la Sala en relación con la viabilidad del reajuste de la prima de méritos, creada mediante el Decreto 376 de 1970, y con la posibilidad de dar continuidad a su reconocimiento a los funcionarios que se encuentran participando en el concurso de méritos, en la modalidad de ascenso, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa, en la planta de personal de ese Ministerio.*

FONDO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y PROYECTOS ESPECIALES «FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS / PRIMA DE MÉRITOS / BENEFICIARIO DE LA PRIMA DE MÉRITOS / PRIMA EXTRALEGAL / EFECTOS DE LA INEXEQUIBILIDAD DE LA NORMA / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DEL DERECHO ADQUIRIDO

Problema jurídico 1: *¿Tiene fundamento legal el reconocimiento y pago de la prima de méritos creada en 1970 para los funcionarios del Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales «Francisco José de Caldas», que se ha seguido efectuando en beneficio de algunos empleados vinculados después de las reestructuraciones administrativas de las que fue objeto dicho fondo, y que tuvieron lugar en los años 1990, cuando se transformó en instituto, y 2009, cuando pasó a ser departamento administrativo, con fundamento en la garantía a los derechos adquiridos?*

Tesis 1: “Considerando el escenario normativo que sirvió de marco para la creación de la prima de méritos, se advierte que el artículo 7º del Decreto Ley 2285 de 1968 no podía servir de fundamento jurídico para el establecimiento de la «prima de méritos», pues el referido Decreto no resultaba aplicable a los establecimientos públicos, naturaleza jurídica que tenía el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales «Francisco José de Caldas», en atención a lo dispuesto en los artículos 6 del Decreto Ley 2869 de 1968 y 2 del Decreto Ley 3130 de 1968. Respecto a la facultad otorgada a los establecimientos públicos para la creación de empleos y el señalamiento de las asignaciones y prestaciones sociales de su personal y régimen de servicio, a través del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que era la norma que daba fundamento a la prima de méritos por el factor de competencia, con ocasión de una demanda presentada ante la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 13 de 1972, fue declarada inexecutable (...). A partir de la expedición de esta sentencia queda claro que los entes descentralizados expidieron sin competencia los acuerdos para creación de prestaciones sociales. Con esta declaratoria de inexecutable opera el decaimiento tanto del Acuerdo 05 de 1970 como del Decreto 376 del mismo año, que daban origen a la prima de méritos, pues perdieron fundamento legal en cuanto a la competencia. Adicionalmente, el 19 de septiembre de 1973, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 2.ª de 1973, el presidente de la República expidió el Decreto Ley 1912, «[p]or el cual se fija el sistema de clasificación, remuneración y nomenclatura para las distintas categorías de empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias», que derogó expresamente el Decreto Ley 2285 de 1968, el cual se había citado como fundamento en el Acuerdo 05 de 1970 así como en el Decreto 376 del mismo año mediante los cuales se creó la prima de méritos. Con base en lo antes descrito, se observa que, respecto del Decreto 376 de 1970 que aprobó el Acuerdo 5 de 1970 mediante el cual se creó la prima de méritos operó el decaimiento puesto que su fundamento legal, esto es el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 que le daba la facultad para crear, en este caso la prima de méritos, había sido declarado inexecutable ya desde diciembre de 1972. Y, el Decreto 2285 de 1968 había sido expresamente derogado por el Decreto 1912 de 1973. Por lo anterior, se concluye que las normas que crearon la prima de méritos estuvieron vigentes hasta diciembre 13 de 1972 fecha de expedición de la sentencia de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. Posteriormente en virtud de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 5.ª de 1978, el presidente de la República expidió el Decreto Ley 710 de 20 de abril de 1978, la cual tuvo una vigencia de 48 días, puesto que fue subrogada, en su totalidad, el 7 de junio siguiente, mediante el Decreto Ley 1042 de 1978, que mantuvo, en materia de prima técnica, lo previsto en el Decreto Ley 710 de 1978. (...) [L]o estipulado en el Decreto Ley 1042 de 1978 le era aplicable al Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales «Francisco José de Caldas», toda vez que este era un establecimiento público del orden nacional y por primera vez estos se incluyeron en el ámbito de aplicación de las normas que regulan el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos y que fijan las escalas de remuneración de dichos empleos. En consecuencia, se infiere que la nueva reglamentación de la prima técnica, incorporada desde el Decreto 1042 de 1978 y sus posteriores modificaciones, marcó las nuevas pautas para el reconocimiento de la prima técnica, en la medida en que restringió las condiciones de acceso al hacer explícita la exigencia de título de especialización y circunscribirla solo a cargos profesional especializado o de investigador científico, o excepcionalmente en los cargos de profesional especializado en los niveles ejecutivo o asesor. (...) [L]a Sala concluye, a partir de las consideraciones expuestas, que el reconocimiento y pago de la prima de méritos, que se ha venido realizando con posterioridad a la expedición de la sentencia del 13 de diciembre de 1972 que declaró la inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, no tiene fundamento legal. En consecuencia, la garantía a los derechos adquiridos, en virtud de la cual el reconocimiento ha persistido

hasta el día de hoy, en beneficio de algunos empleados vinculados después de las reestructuraciones administrativas de las que fue objeto dicho Fondo, y que tuvieron lugar en los años 1990, 1991, 2009, 2019 y 2021, no reúne las condiciones establecidas por la Constitución, pues, el derecho no se consolidó, en tales casos, con fundamento en leyes preexistentes. De los antecedentes del caso, se infiere que el reconocimiento de la prima de méritos se ha fundamentado en una errónea apreciación sobre la vigencia de las normas que le dieron origen, ya que se ha entendido, al parecer, que tales disposiciones se mantienen en vigor, sin tener en consideración que, ya desde el año 1972, había operado el fenómeno del decaimiento del artículo 2 del Acuerdo 5 de 1970 y del Decreto 376 del mismo año, que sirvieron de fundamento jurídico a la prima de méritos, por lo que tales actos administrativos no podían ni pueden considerarse vigentes. En todo caso, si se aceptara, en gracia de discusión, que las normas de creación de la prima de méritos estuvieran vigentes (cosa que no sucede), tampoco sería posible la extensión del reconocimiento de tal prima a las plantas de personal resultantes de la reestructuración administrativa del Fondo, pues, ya desde la expedición del Decreto 1912 de 1973 se reitera la pérdida de efectos jurídicos de los decretos de creación de primas técnicas expedidos hasta ese momento, en el caso de procesos de reestructuración. Por todo lo anterior, la garantía de los derechos adquiridos, que ha venido sustentando el reconocimiento y pago de la prima de méritos, incluso hoy en día, a los funcionarios incorporados al Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales «Francisco José de Caldas», de forma posterior a las citadas reestructuraciones, y que, a su vez, se han vinculado al Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, carece de sustento legal y, por lo mismo, no tiene protección constitucional”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la inexecutable de la Ley 1951 de 2019 y los artículos 125 y 126 de la Ley 1955 de 2019, ver: Corte Constitucional, sentencia C-047 de 2021.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre las características de la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 11 de mayo de 2022, radicación 11001-03-06-000-2022-00032-00, radicación interna: 2474.

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la inexecutable del artículo 38 del Decreto Ley 3130 de 1968, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 13 diciembre de 1972.

NOTA DE RELATORÍA 4: En el presente concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un estudio del marco normativo y su evolución respecto de la “prima técnica” en relación con los empleados del sector público del orden nacional, desde 1990.

COMPETENCIA PARA LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE INEXECUTABILIDAD / EFECTOS DE LA INEXECUTABILIDAD DE LA NORMA / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INEXISTENCIA DEL DERECHO ADQUIRIDO / FONDO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y PROYECTOS ESPECIALES “FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS / PRIMA DE MÉRITOS / BENEFICIARIO DE LA PRIMA DE MÉRITOS

Problema jurídico 2: *Teniendo en cuenta los cambios de naturaleza jurídica por los que ha pasado el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales “Francisco José de Caldas”, hasta convertirse a día de hoy en el Ministerio de Ciencia y Tecnología, ¿qué servidores públicos tienen derecho al reconocimiento y reajuste de la prima de méritos? ¿Sólo a los servidores que ingresaron cuando era Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales “Francisco José de Caldas”? o, ¿los que con posterioridad ingresaron cuando ya se había transformado? // La prima de méritos reconocida a servidores públicos que ingresaron con posterioridad a la transformación del Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales “Francisco José de Caldas”, ¿se constituirá como un derecho adquirido? ¿En caso negativo, la Entidad debería continuar con dicho reconocimiento?*

Tesis 2: “El núcleo esencial de esta protección constitucional se reduce a la regla según la cual la modificación de las entidades del Estado, que en la mayoría de las veces supone el cambio de régimen laboral de los trabajadores, no implica una prerrogativa al Estado para desconocer los derechos de los servidores públicos, que han ingresado definitivamente en el patrimonio personal. (...) [L]a garantía de los derechos adquiridos tiene, como presupuesto, que el derecho subjetivo cuya protección se invoque haya sido consolidado, es decir, haya entrado efectivamente al patrimonio del titular, con base en leyes preexistentes, independientemente de que se ya sea haya reconocido o no. Por lo tanto, el derecho a proteger debe tener, como fuente, la ley vigente en su momento, aunque esta resulte derogada, de forma posterior. (...) En este sentido, la protección de derechos adquiridos, en el marco de un tránsito legislativo, versa sobre situaciones consolidadas con fundamento legal, que deberán mantenerse, a pesar de la nueva normativa, para garantizar la efectividad de los derechos adquiridos de forma legítima. (...) En estos casos, se está ante el fenómeno de ultractividad de las normas, como regla de aplicación de la ley en el tiempo,

en garantía de las situaciones consolidadas, a la luz del ordenamiento jurídico vigente (...) De las anteriores consideraciones, se concluye que la protección a los derechos adquiridos por el tránsito legislativo, y en el marco de una reestructuración administrativa, entre otros supuestos fácticos posibles, tiene como presupuesto esencial que el derecho se haya consolidado con fundamento en leyes preexistentes, de manera que su garantía tiene como fuente la ley válida y vigente, en ese momento. Cualquier reconocimiento por fuera de ese presupuesto no tiene ninguna protección legal y, mucho menos, constitucional. (...) En relación con las preguntas 1 y 2, la Sala concluye que, conforme a lo explicado en este concepto, la prima de méritos carece de fundamento constitucional y legal, por lo que dicho beneficio no podía ser objeto de reconocimiento. Asimismo, a partir de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 13 de diciembre de 1972, el mencionado beneficio desapareció del ordenamiento jurídico colombiano. En línea con lo anterior, no existe un derecho adquirido sobre la prima de méritos”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el concepto de derecho adquirido, ver: Corte Constitucional, sentencias C-098 de 2013, C-450 de 1996 y C-262 de 1995.

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre la ultractividad de las normas, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-309 de 2019 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 11001-03-06-000-2008-00009-00(1878) A del 13 de noviembre de 2008.

COMPETENCIA PARA LA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL SERVIDOR PÚBLICO / SECTOR CENTRAL DE LA RAMA EJECUTIVA / MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN / FONDO COLOMBIANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y PROYECTOS ESPECIALES “FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS / PRIMA DE MÉRITOS / BENEFICIARIO DE LA PRIMA DE MÉRITOS / MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

Problema jurídico 3: *¿La regulación del reajuste de la prima de méritos es competencia del Gobierno Nacional?, o, ¿será la entidad quien de acuerdo con sus funciones lo regule? en caso de ser competencia de la entidad ¿cuál sería el fundamento jurídico y criterios para dicha reglamentación?*

Tesis 3: “No es procedente expedir reglamentación alguna, en relación con esta prima, con miras a establecer su reajuste, pues, como ya se dijo, este beneficio no tiene fundamento legal en la actualidad, por lo que no sería posible efectuar su reconocimiento ni su reajuste. En todo caso, debe recordarse que la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos le corresponde, hoy en día, al Gobierno nacional, a partir de lo establecido en la Ley 4 de 1992, como tantas veces lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa. Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la actualidad, el Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales, después de sus distintas transformaciones se fusionó con el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, que no es una entidad descentralizada, sino una dependencia del sector central de la Rama Ejecutiva, en el orden nacional. Por lo tanto, la regulación de cualquier asunto salarial o prestacional relacionado con los servidores públicos de dicho Ministerio compete claramente al Gobierno, con base en los criterios señalados por la Ley 4 de 1992”.

CONCURSO DE MÉRITOS / CONCURSO DE ASCENSO EN CARRERA ADMINISTRATIVA / CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS / PRIMA EXTRALEGAL / MINISTERIO DE CIENCIA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN / PRIMA DE MÉRITOS / BENEFICIARIO DE LA PRIMA DE MÉRITOS

Problema jurídico 4: *Para el caso de los servidores públicos que actualmente cuentan con el reconocimiento de la prima de méritos, independiente si ingresaron durante o después de la transformación del Fondo Colombiano de Investigaciones Científicas y Proyectos Especiales “Francisco José de Caldas” a Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología “Francisco José de Caldas” - Colciencias y demás transformaciones, y se encuentran participando en el concurso de méritos en la modalidad de ascenso del Ministerio, ¿Quiénes de ellos tendrían derecho a continuar disfrutando dicho beneficio y quienes lo perderían?*

Tesis 4: “[S]e debe tener en consideración que si se estuviera en el supuesto fáctico de haber consolidado el derecho a la prima de méritos en vigencia de sus normas de creación aplicaría lo dispuesto en el literal f del artículo 9° del Decreto 1912 de 1973, según el cual el disfrute de este beneficio cesaba con ocasión de un cambio de empleo, lo cual se reiteró con el Decreto 1950 de 1973. Sin embargo, los cargos ofertados en el concurso mencionado están reglamentados por el Decreto 1042 de 1978, que no prevé la prima de méritos, pues como ya antes se concluyó las normas que dieron origen a esta prestación perdieron vigencia con la expedición de la sentencia del 12 de diciembre de 1972 que declaró inexecutable el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 con ocasión de la cual operó el decaimiento de las mismas. Siendo esto así,

el actual concurso de ascenso adelantado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación en nada impacta la prima de méritos, por la sencilla pero poderosa razón, de que esta prestación está excluida del ordenamiento jurídico desde el año 1972. (...) En relación con el reconocimiento de la prima de méritos a quienes superen el concurso de ascenso, debe señalarse que, tal concurso adelantado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación en nada impacta la prima de méritos, toda vez que este beneficio desapareció del ordenamiento jurídico desde el 13 de diciembre de 1972”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2486 del 7 de febrero de 2023; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00205-00\(2486\). Levantamiento de reserva mediante auto del 4 de septiembre de 2023.](#)

3. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín es la autoridad competente para conocer de una solicitud de teletrabajo presentada por un juez perteneciente a dicho distrito.

Síntesis del caso: *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Medellín, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para conocer de una solicitud de teletrabajo presentada por un juez perteneciente al distrito judicial de Medellín, en los términos de los Acuerdos PCSJA22-12024 de 2022 y PCSJA23-12042 de 2023, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.*

FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA RAMA JUDICIAL / FUNCIONES DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA / RAMA JUDICIAL / EMPLEADOR / DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL / NOMINADOR / SUPERIOR JERÁRQUICO ADMINISTRATIVO / SUPERIOR JERÁRQUICO DEL EMPLEADO JUDICIAL / SOLICITUD DE TELETRABAJO / JUEZ / RAMA JUDICIAL / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL / TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Problema jurídico: *¿El Tribunal Superior de Medellín es la autoridad competente para estudiar y decidir la solicitud de teletrabajo presentada por un juez perteneciente a dicho distrito judicial? Esto es, para verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esa modalidad de trabajo y emitir, a través del formato establecido para ello, la respectiva anuencia*

Tesis: “[C]on el propósito de lograr el eficiente funcionamiento de la administración de justicia, en ejercicio de las funciones administrativas, las Altas Cortes, los Tribunales y los jueces actúan como superiores jerárquicos de los magistrados de los tribunales, de los jueces y de los empleados que laboran en los diferentes despachos judiciales, respectivamente, de conformidad con la estructura jerárquica de la Rama Judicial. (...) [E]n el caso particular de la Rama Judicial, no se concentran en el mismo sujeto las calidades de empleador y nominador, siendo el primero de ellos, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el segundo, el nominador y superior jerárquico, según lo previsto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. (...) [P]or regla general, el superior jerárquico de los jueces es su respectivo nominador. En consecuencia, dicho nominador tiene la competencia para resolver las peticiones que le presenten los jueces de su jurisdicción en temas laborales, máxime cuando el trámite de una determinada solicitud se le ha asignado constitucional, legal o reglamentariamente, por ejemplo, mediante un acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. (...) En la Rama Judicial no se concentran en el mismo sujeto las calidades de empleador y nominador. Como se ha reseñado, el primero de ellos es la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y el segundo, el nominador y superior jerárquico, según lo previsto en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. El Decreto 1227 de 2022 que modifica y adiciona algunos artículos del Decreto 1072 de 2015, «Único Reglamentario del Sector Trabajo» relacionados con el teletrabajo, dispone que, el empleador, en este caso, el Consejo Superior de la Judicatura, debe adoptar y publicar la política interna de teletrabajo. En virtud de ello, el Consejo Superior de la Judicatura expidió la política de implementación del teletrabajo en la Rama Judicial a través de los Acuerdos Acuerdo PCSJA22-12024 de 2022, modificado por el PCSJA23-12042 de 2023, señalando de manera expresa en el artículo 10, que es el nominador el que debe verificar el cumplimiento de las condiciones para que un servidor judicial acceda al teletrabajo, y en caso de encontrarlo procedente, dar la correspondiente anuencia. (...) De conformidad con el numeral 7° del artículo 131 de la Ley 270 de 1996, el nominador de los jueces adscritos a un Distrito Judicial es el Tribunal Superior del mismo, razón por la cual, el nominador del señor

[A.D.E.], juez noveno penal del Circuito de Medellín, es el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Por lo expuesto, en los términos de las normas adoptadas para la implementación del teletrabajo en la Rama Judicial, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, es la autoridad encargada de resolver la solicitud del señor [A.D.E.], juez noveno penal del Circuito de Medellín, por ser su nominador y superior administrativo”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre el ejercicio de funciones administrativas en la Rama Judicial, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisiones del 9 de diciembre de 2016, Rad. núm. 11001-03-06-000-2016-00161-00; del 23 de febrero de 2022, Rad. núm. 11001-03-06-000-2021-00183-00; del 28 de abril de 2020, Rad. núm. 11001-03-06-000-2019-00203-00 y del 2 de octubre de 2014, Rad. núm. 11001-03-06-000-2014-00121-00

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre las funciones administrativas del Consejo Superior de la Judicatura, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisión del del 23 de febrero de 2022, Rad. núm. 11001-03-06-000-2021-00183-00

NOTA DE RELATORÍA 3: Sobre la noción de empleador en la Rama Judicial, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 29 de marzo de 2006. Radicación No. 1715. Conjuez Ponente: Marcel Silva Romero

NOTA DE RELATORÍA 4: Sobre los superiores funcionales y administrativos en la estructura jerárquica de la Rama Judicial, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisiones del 18 de julio de 2017, Rad. núm. 11001-03-06-000-2017-00054-00; del 23 de febrero de 2022, Rad. núm. 11001-03-06-000-2021-00183-00; del 22 de julio de 2020, Rad. núm. 11001-03-06-000-2020-00154-00 y Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Decisión del 27 de octubre de 1998, rad. C-411

NOTA DE RELATORÍA 5: Sobre la superioridad jerárquica, en el caso de las corporaciones y los jueces de la República, ver: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Decisiones del 23 de febrero de 2022, Rad. núm. 11001-03-06-000-2021-00183-00 y del 22 de julio de 2020, Rad. núm. 11001-03-06-000-2020-00154-00.

NOTA DE RELATORÍA 6: En el presente conflicto la Sala realizó una exposición del marco normativo vigente que regula el teletrabajo en Colombia.

NOTA DE RELATORÍA 7: Sobre las nuevas formas de organización laboral, ver: Corte Constitucional, sentencia C-212 de 2022. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

NOTA DE RELATORÍA 8: En el presente conflicto la Sala realizó un recuento de los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura que implementan y regulan las condiciones del teletrabajo en la Rama Judicial.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 19 de julio de 2023; C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2023-00127-00\(C\).](#)

4. La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencias administrativas, determinó que la Procuraduría General de la Nación es la autoridad competente para adelantar los procesos disciplinarios en contra de empleados públicos en el evento en que no se pueda garantizar que las etapas de instrucción y juzgamiento se realicen por funcionarios independientes y autónomos dentro de la entidad estatal respectiva.

Síntesis del caso: *Conflicto de competencias administrativas suscitado entre la Procuraduría General de la Nación y la Agencia Nacional de Hidrocarburos, con el fin de establecer cuál es la autoridad competente para continuar conociendo de un proceso disciplinario adelantada en contra de un empleado de esta última entidad.*

COMPETENCIA DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA / CONFLICTO DE COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA / CONTROL DISCIPLINARIO / CONTROL DISCIPLINARIO EXTERNO / CONTROL DISCIPLINARIO INTERNO / OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO / FUNCIONES DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO / FUNCIÓN DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PODER DISCIPLINARIO DE

LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ETAPA DE INSTRUCCIÓN / ETAPAS DEL JUICIO / PROCESO DISCIPLINARIO / ETAPAS DEL PROCESO DISCIPLINARIO

Problema jurídico: *¿La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Distrital de Bogotá de Juzgamiento, es la autoridad competente para continuar con la etapa de juzgamiento de un proceso disciplinario adelantado por la Vicepresidencia Administrativa y Financiera de la Agencia Nacional de Hidrocarburos en contra de un funcionario de dicha entidad?*

Tesis: “1. El nuevo régimen disciplinario refuerza la obligación de las entidades y órganos del Estado, en su momento prevista por la Ley 734 de 2002, de contar con una oficina o dependencia de control interno disciplinario del más alto nivel, de lo que se destaca: a. El jefe de las oficinas o dependencias de control disciplinario interno debe ser abogado y pertenecer al nivel directivo de la entidad. b. Se elimina la competencia subsidiaria del superior jerárquico del disciplinado, y del superior de aquel, para adelantar los procesos disciplinarios en las entidades en las que no exista oficina de control interno disciplinario. c. No se condiciona la creación de las oficinas o dependencias de control interno disciplinario a la disponibilidad presupuestal de las entidades. d. La segunda instancia no se atribuye a un funcionario específico, y, se mantiene la competencia de la Procuraduría General de la Nación para conocer de esta etapa procesal, cuando ello no sea posible para la respectiva entidad por razón de su estructura. 2. La estructura del control disciplinario de cada entidad u órgano del Estado debe garantizar que las etapas de instrucción y juzgamiento se realicen por funcionarios independientes y autónomos entre sí. Conforme todo lo anterior, el Código General Disciplinario supone la reorganización del esquema del control interno disciplinario en las entidades y órganos del Estado, con el propósito de adecuar la estructura y funciones institucionales para garantizar el cumplimiento de lo previsto en dicho código. (...) [L]a Sala encuentra que la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Distrital de Juzgamiento de Bogotá. D.C. es la autoridad competente para conocer de la etapa de juzgamiento del proceso disciplinario 022-2018, instruido por la Agencia Nacional de Hidrocarburos contra el señor [H.R.M.], así como para adoptar el fallo de primera instancia. Lo anterior encuentra fundamento en los siguientes argumentos: 1. El presente conflicto de competencias tiene origen en la investigación administrativa adelantada por la Vicepresidencia Administrativa y Financiera en contra del señor [H.R.M.]. 2. En la referida investigación disciplinaria se elevó pliego de cargos en contra de los disciplinados el 25 de agosto de 2020. 3. A la fecha, el proceso disciplinario se encuentra pendiente para proferir fallo de primera instancia. 4. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 13 de la Ley 2094 de 2021, en el evento en que las garantías de instrucción y juzgamiento no se puedan cumplir por parte de la entidad estatal respectiva, por razón de su estructura, el conocimiento del asunto será de competencia de la Procuraduría General de la Nación. Dicha regla es cualificada por el parágrafo del artículo 23 del Decreto Ley 1851 de 2021, según el cual, las procuradurías distritales de Bogotá D.C. (de juzgamiento), conocerán del juzgamiento de los procesos disciplinarios adelantados por las oficinas de control interno de entidades del orden nacional, en los eventos en que estas no puedan garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento. En este caso, se configura el supuesto anterior, toda vez que, la Agencia Nacional de Hidrocarburos ha manifestado que, su actual estructura organizacional no permite garantizar tal separación de las etapas de instrucción y juzgamiento. 5. En garantía del principio del debido proceso, a esta investigación disciplinaria le son aplicables las garantías de separación de las etapas de instrucción y juzgamiento, no obstante, en este ya se había elevado pliego de cargos a la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021. 6. Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 14 de la Ley 2094 de 2021 y el artículo 23 del Decreto Ley 1851 de 2021, a la Procuraduría General de la Nación, a través de la procuradurías provinciales o distritales de juzgamiento, le corresponde conocer la etapa de juzgamiento de los procesos disciplinarios instruidos por la ANH, si esta no puede garantizar la separación de las etapas de investigación y juzgamiento. 7. De acuerdo con la actual estructura organizacional de la ANH, establecida conforme al Decreto 714 de 2012 y las resoluciones de la ANH que regulan su manual específico de funciones y la organización de su Grupo Interno de Trabajo en materia disciplina, la entidad no puede garantizar la separación de las etapas de instrucción y juzgamiento. 8. En consecuencia, en el presente caso opera la competencia subsidiaria atribuida en el artículo 93 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 14 de la Ley 2094 de 2021 y el artículo 23 del Decreto Ley 1851 de 2021, a la Procuraduría General de la Nación, a través de la procuradurías distritales de juzgamiento, para adelantar la etapa de juzgamiento de los procesos disciplinarios de competencia de las oficinas de control interno del orden nacional, cuanto estas no pueden garantizar la separación de estas etapas”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la potestad disciplinaria del Estado, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, decisión del 30 de junio de 2022, rad. núm. 11001-03-06-000-2022-00080-00; decisión del 14 de junio de 2022, rad. núm. 11001-03-06-000-2022-00069-00; decisión del 2 de junio de 2022, rad. núm. 11001-03-06-000-2022-00055-00; concepto 2046; y Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, rad. núm. 11001-03-25-000-2010-00162-00(1200-10).

NOTA DE RELATORÍA 2: En la presente decisión la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un análisis sobre la estructura interna de la Agencia Nacional de Hidrocarburos para determinar quienes ejercen la función de control interno disciplinario en dicha entidad.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 21 de junio de 2023; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2023-00041-00\(C\).](#)

Aclaración de voto de la consejera Ana María Charry Gaitán.

ACLARACIÓN DE VOTO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO / ETAPAS DEL PROCESO DISCIPLINARIO / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL PROCESO DISCIPLINARIO

Problema jurídico: *¿La Sala debió acudir al principio de favorabilidad para desestimar la norma aplicable, en principio, al caso concreto –Ley 734 de 2002– y escoger la más favorable para los indagados, en este caso la Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021?*

Tesis: “[C]onsidero (...) que la Sala debió acudir al principio de favorabilidad para desestimar la norma aplicable, en principio, al caso concreto –Ley 734 de 2002– y escoger la más favorable para los indagados –Ley 1952 de 2019, modificada por la Ley 2094 de 2021–, como en efecto ocurrió, con independencia de las discusiones jurisprudenciales y doctrinales que aún subsisten sobre el alcance del principio de favorabilidad en materia disciplinaria. Ello es así, en particular, porque las normas en discusión tenían, en este caso, un claro impacto sustancial en los derechos de los disciplinados, en la medida en que, al establecer funciones y etapas separadas en el procedimiento, aseguraban una mayor imparcialidad y transparencia en las fases de investigación y juzgamiento, al generar distintos espacios de discusión, con independencia el uno del otro, facilitando nuevas oportunidades de debate sobre las pruebas y los argumentos valorados, y, por lo tanto, mayores oportunidades de defensa para los investigados. De hecho, como uno de los elementos del derecho al debido proceso es el principio de imparcialidad, y este se fortalece con la nueva separación de la instrucción y el juzgamiento, prevista en el Código General Disciplinario, es evidente que las disposiciones de la Ley 1952 de 2019 (artículo 12) eran más favorables a los disciplinados que aquellas de la Ley 734 de 2002, y protegían de manera más efectiva ese derecho fundamental. Este análisis, a mi juicio, debió ser parte de la providencia que se comenta, al justificar, de manera más clara, precisa y coherente, la decisión que la Sala adoptó, en el sentido de desestimar la norma de transición aplicable al caso, y decantarse, en virtud del principio de favorabilidad, por el régimen procesal más reciente (Código General Disciplinario), que prevé la separación de la función instructiva y de juzgamiento, lo cual, como se explicó, ofrece mayores garantías, en materia del debido proceso, para los disciplinados y los demás sujetos procesales”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la aplicación del principio de favorabilidad en el campo disciplinario, ver: Corte Constitucional, sentencias C-181 de 2002 y C-328 de 2003; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de mayo de 2019, expediente 11001-03-25-000-2011-00371-00(IJ) y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto AP782-2014 (rad. núm. 34099) del 24 de febrero de 2014.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 21 de junio de 2023; A.V. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2023-00041-00\(C\).](#)

**SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN TERCERA

Unificación de jurisprudencia sobre los efectos que produce la ausencia de salvedades cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes.

Síntesis del caso: *“El 22 de abril de 1997, Construcciones Vélez y Asociados SA-Convel SA y el Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA celebraron el contrato n.º 00007 para la construcción de la estructura de concreto de la torre norte de la sede principal en Medellín, que fue prorrogado en dos oportunidades. Reclamó los perjuicios por el trabajo en horario extendido de sus empleados, la mayor permanencia en obra y los intereses moratorios por el pago tardío de unas actas”.*

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / DEBERES DEL JUEZ / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ADICIÓN AL CONTRATO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / NORMATIVA DEL CONTRATO / BUENA FE CONTRACTUAL / CONDICIONES DEL CONTRATO / ACUERDO DE VOLUNTADES / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Problema jurídico 1: *¿Es deber del juez estudiar las pretensiones, desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos?*

Tesis 1: “Unificación de jurisprudencia sobre los efectos de la ausencia de «salvedades». Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos. El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado.”

NOTA DE RELATORÍA: Con relación a los efectos de la ausencia de salvedades en las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual u otrosíes, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, rad. 13356, M.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 31 de agosto de 2011, rad. 18080, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 14 de septiembre de 2022, rad. 67712, M.P. Guillermo Sánchez Luque; sentencia de 10 de septiembre de 2014, rad. 27648, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia de 20 de octubre de 2014, rad. 24809, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 28 de mayo de 2015, rad. 35625, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 1 de julio de 2015, rad. 37613, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 29 de julio de 2015, rad. 37170, M.P. Olga Mérida Valle de La Hoz; sentencia de 9 de julio de 2021, rad. 61234, M.P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 18 de noviembre de 2021, rad. 48815, M.P. Fredy Ibarra Martínez; sentencia de 26 de enero de 2022, rad. 64897, M.P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 10 de junio de 2022, rad. 61168, M.P. Alberto Montaña Plata; sentencia de 26 de noviembre de 2015, rad. 54563, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 25 de febrero de 2016, rad. 41901, M.P. Olga Mérida Valle de La Hoz; sentencia de 24 de abril de 2017, rad. 55836, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 23 de octubre de 2017, rad.

55855, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 29 de enero de 2018, rad. 52666, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; sentencia de 8 de mayo de 2020, rad. 64701, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia de 13 de agosto de 2020, rad. 51833, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 23 de octubre de 2020, rad. 45190, M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez; sentencia de 20 de noviembre de 2020, rad. 38097, M.P. Guillermo Sánchez Luque; sentencia de 5 de febrero de 2021, rad. 46726, M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez; sentencia de 19 de febrero de 2021, rad. 65277, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia de 7 de mayo de 2021, rad. 43055, M.P. María Adriana Marín; sentencia de 4 de septiembre de 2021, rad. 54004, M.P. José Roberto SÁCHICA Méndez; sentencia de 24 de septiembre de 2021, rad. 52577, M.P. María Adriana Marín; sentencia de 22 de noviembre de 2021, rad. 52430, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; sentencia de 4 de febrero de 2022, rad. 45762, M.P. María Adriana Marín; sentencia de 5 de mayo de 2020, rad. 42962, M.P. Marín Bermúdez Muñoz.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

Aclaración de voto del consejero Fredy Hernando Ibarra Martínez

ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / TEORÍA DEL RESPETO DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DEBERES DEL JUEZ / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ACUERDO DE VOLUNTADES

Tesis 1: “No comparto la forma en la cual se delimitó el asunto materia de unificación, porque, se parte de un supuesto no del todo preciso, consistente en que existe algún sector de la jurisprudencia que se ha abstenido de decidir de fondo las controversias contractuales por suerte de la creación de un “presupuesto procesal” que carece de respaldo legal, lo cual restringe indebidamente el acceso a la administración de justicia del contratista por “implantar exigencias generales y abstractas, no establecidas en la ley que impiden estudiar de fondo los conflictos sobre la ejecución del contrato” (...). Este aserto es impreciso y reduccionista de la multiplicidad de problemáticas sometidas a la decisión del juez del contrato estatal y, particularmente, desatiende la existencia de distintos regímenes jurídicos de responsabilidad contractual del Estado. (...) [L]a conclusión de la sentencia del proceso de la referencia, según la cual se ha establecido o creado, fácticamente, un presupuesto procesal o requisito para la prosperidad de las pretensiones no está debidamente soportada, no corresponde a la realidad de los hechos y a la línea de decisión judicial trazada sobre la materia, pues, en realidad, el juez ha buscado precisar el verdadero contenido de los actos de modificación y prórroga de los contratos en cada caso que ha sido sometido a su consideración y decisión, sobre la base de determinar si con ellos las partes definieron y cerraron las dificultades que presentaba la ejecución del contrato y las diferencias surgidas entre ellas. Por otra parte, encuentro acertado que la sentencia de unificación terminó por privilegiar, aunque, sin referirse de manera expresa a ella, la teoría de los actos propios, utilizada históricamente por la Corporación para decidir este tipo de controversias, por considerar, finalmente, que el contratista no podía desconocer el ofrecimiento de un mayor plazo contractual sin adición de precio ni su conducta durante la formación de los modificatorios acordados, lo cual comparto plenamente; la aplicación de esta doctrina nunca implicó un requisito jurisprudencial para la prosperidad de las demandadas ni la imposición de un presupuesto procesal no regulado en la ley, sino que, permitió reconocer, como ahora lo hace la Sala Plena de la Sección Tercera, que los acuerdos logrados por las partes para sortear las diferencias surgidas entre ellas las obligan y no pueden ser desconocidos por estas ni por el juez al momento de resolver los litigios, esto último en aplicación y eficacia del principio de autonomía de la voluntad que rige los contratos (art. 1602 del Código Civil y art. 40 de la Ley 80 de 1993).”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el alcance de las modificaciones contractuales acordadas, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de octubre de 2022, rad. 65256, M.P. Fredy Hernando Ibarra Martínez; sentencia de 14 de septiembre de 2022, rad. 62694, M.P. Fredy Hernando Ibarra Martínez.

ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / ACUERDO DE VOLUNTADES / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE PACTA SUNT SERVANDA / PRINCIPIO DE RESPETO DEL ACTO PROPIO / PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Tesis 2: “La sentencia de unificación, tal como en forma clara e inequívoca lo anuncia, no otorgó valor al silencio del contratista al momento de suscribir los modificatorios ni lo interpretó como renuncia a derechos; el análisis de la conducta previa a la suscripción de dichos acuerdos permitió concluir, puntualmente y sin hesitación alguna, que el demandante ofreció terminar las obras en un plazo adicional sin aumentar la remuneración acordada o, disyuntivamente, un plan de contingencia para acelerar la ejecución el cual “sería medido y facturado posteriormente” (...). En esa dirección, las partes privilegiaron la primera opción, acuerdo que no podían desconocer válidamente porque, precisamente, fue aceptado de buena fe por ambas con el fin de solucionar un conflicto surgido durante la ejecución del contrato; en estas condiciones, en la sentencia se reconoce que no es válidamente admisible reclamar en contravía de lo expresa, autónoma y voluntariamente acordado; esta circunstancia permite advertir, fácilmente, que no se trata de que so pretexto de la buena fe se esté creando un “requisito para la prosperidad de las pretensiones” (...), sino, de analizar el alcance real de lo acordado, lo cual es ley para los contratantes. Como se aprecia, la sentencia de unificación se sustenta, concretamente, en la imposibilidad del contratista de desconocer su propia conducta negocial y los acuerdos finalmente suscritos, lo cual comparto plenamente por no ser producto del silencio sino de la interpretación integral de lo acordado con su contraparte contractual.”

ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CRITERIO PARA PROFERIR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / DEBERES DEL JUEZ / ACUERDO DE VOLUNTADES / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN / IUS VARIANDI / ASPECTOS FÁCTICOS

Tesis 3: “[C]omo lo puse de presente en la redacción final de la regla de unificación del caso concreto no soluciona el tema que se pretende unificar ni es útil para resolver todos los eventos de responsabilidad que pueden presentarse durante la ejecución de los contratos; disponer que el juez está obligado a desentrañar el acuerdo de voluntades resulta tautológico, pues, este es precisamente y en todos los casos la labor del juez del contrato, para cuyo debido cumplimiento no se requería unificación jurisprudencial. Estimo que la regla de unificación fijada por la Sección no entrega respuesta expresa y certera al problema jurídico (...). Determinar el alcance de los acuerdos entre las partes e interpretarlos para que se cumplan de buena fe es lo que de tiempo atrás ha tenido lugar en la jurisprudencia de la Corporación en aplicación de la doctrina de los actos propios, según la cual no resulta admisible que en sede judicial se reclame en contra de lo expresamente pactado; sin embargo, este solo ejercicio no aporta la totalidad de elementos ni la certeza necesaria para controversias como las derivadas de la teoría de la imprevisión o del ejercicio del ius variandi que, no solo dependen de los acuerdos de las partes sino de la ocurrencia, prueba y apreciación de situaciones fácticas, externas o generadas por las partes que impactan la ejecución del contrato y, a lo sumo, permite determinar si en estos acuerdos quedaron zanjadas las diferencias surgidas con ocasión de estos otros supuestos de responsabilidad contractual. Por lo anterior comparto la segunda parte de la regla de unificación en la cual se precisa que, luego de analizado el alcance de los acuerdos entre las partes, el juez “establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado” (...); ciertamente, lo relevante para la decisión de cada caso concreto es establecer si los acuerdos de las partes regulan los aspectos sometidos a control judicial, para efectos de determinar su alcance en cada evento objeto de análisis y decisión, no obstante, estimo que para ello no era indispensable una decisión de unificación jurisprudencial, pues, la necesidad de la prueba y el deber de apreciación de esta por parte del juez están regulados en forma expresa e inequívoca en la ley.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Fredy Hernando Ibarra Martínez, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

Salvamento de voto del consejero José Roberto Sáchica Méndez

SALVAMENTO DE VOTO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CRITERIO PARA PROFERIR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EXPEDICIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / REQUISITOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / IMPROCEDENCIA DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ACUERDO DE VOLUNTADES / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / DEBERES DEL JUEZ / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / EXAMEN DE FONDO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPROCEDENCIA DEL FALLO INHIBITORIO / APLICACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / OBLIGACIONES DEL JUEZ

Tesis 1: “Sin desconocer en manera alguna la importancia del pronunciamiento que a título de unificación hizo la Sala mayoritaria, soy del criterio de que este caso no reúne las características de las que están llamadas a ser sentencias de unificación, por las razones que paso a exponer. El texto que se acogió a título de unificación puede ser analizado en dos partes: a) “Cuando se llegue a acuerdos durante la ejecución de un contrato, el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos”. Resulta pertinente mencionar que, a mi juicio, la sentencia es imprecisa al señalar que en algún momento la jurisprudencia de esta Corporación indicara que la ausencia de salvedades impidiera adoptar decisiones de fondo, pues lo cierto es que, aun cuando en algunos eventos se utilizaron expresiones que pudieron conducir a esa confusión, en ninguna de ellas se emitió un fallo inhibitorio. En algunos casos se negaron las pretensiones de la demanda con base en razonamientos soportados en el análisis de la conducta contractual de las partes al amparo del principio de buena fe y, en otros, sobre la base del principio de normatividad de los contratos, al concluir, en desarrollo de una labor de interpretación judicial que, al no hacer una manifestación contraria, los asuntos asociados a las pretensiones quedaron cobijados por un acuerdo al que se vinculó el demandante en el marco de su autonomía de la voluntad y que, por tanto, no podía ser desconocido por el juez. (...) Ahora, es posible que, dada la confusión que pudo haber surgido a partir de la inexacta terminología que se utilizó en algunas providencias, se hiciera necesario que la Sala Plena de la Sección Tercera hiciera las precisiones del caso; no obstante, y sin restar importancia a la materia, ello no corresponde propiamente a una sentencia de unificación. b) “El deber del juez será desentrañar, en cada caso, cuál fue el acuerdo de las partes y su alcance según las reglas de interpretación de los contratos, las normas supletivas aplicables a los tipos contractuales contenidas en las reglas civiles y comerciales y, por supuesto, la ejecución de buena fe del contrato. Conforme a dichas reglas, establecerá si las partes pretendieron o no, con ese acuerdo, regular los asuntos cuya reclamación ahora se formula y los términos de ese pacto. De ahí que, si no se acordó nada por las partes o se guardó silencio, deberá estudiarse, en cada caso, si esas pretensiones judiciales tienen fundamento o no en lo pactado en el contrato y según lo que resulte probado”. A mi juicio este aparte del texto no contiene una regla de unificación, sino que describe la labor que, de conformidad con la ley, le corresponde desarrollar al juez y de la cual, reitero, no se ha apartado. (...) [C]omparto que no se puede adoptar como principio inmutable que el hecho de no dejar salvedades en los otrosíes impida que se acceda a las pretensiones de la demanda por contrariar el principio de buena fe que rige también la conducta contractual (...), sino que lo que corresponde es estudiar el asunto de cara a sus particularidades y, asimismo, resolverlo según su propia singularidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, S. V. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA

DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / OBITER DICTA / REQUISITOS DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Tesis 1: “[M]e aparto de un extenso obiter contenido en diversos apartes porque suscita otras controversias que, además de que no resultaban necesarias para la solución del caso, pueden dar lugar a un nuevo camino de interpretaciones conflictivas. Como primera medida, advierto que la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado había identificado los aspectos más problemáticos del “criterio jurisprudencial” del que finalmente se tomó distancia en la SU. (...) Las diferencias frente a la llamada posición restrictiva, que llevó a que las salvedades en los acuerdos bilaterales llegaran a ser concebidas como un presupuesto procesal o un “requisito de la acción contractual”, fueron anticipadas por todas las subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado, incluida la Subsección de la que hago parte. De allí que, lo cardinal para la decisión unificada fuera adoptar, como en efecto se hizo, una providencia en la que se precisara que (se transcribe): “el juez deberá estudiar las pretensiones, aunque la parte no haya elevado una reclamación específica o no haya formulado una salvedad cuando se firman suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual o se pactan contratos adicionales u otrosíes o haya guardado silencio al suscribir tales acuerdos”. Hasta aquí los rasgos más característicos de los acuerdos. Las consideraciones de las que me aparto tienen como elemento común la prescindible referencia a una diversidad de principios, categorías e instituciones jurídicas propias de los contratos entre privados, en general, y estatales, en particular, así como de instituciones procesales, que no eran objeto de la decisión de unificación y cuya referencia resultaba innecesaria y, en ocasiones, problemática para la solución del caso.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las barreras para el acceso a la administración de justicia y las exigencias normativas y jurisprudenciales, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 10 de junio de 2022, rad. 61168, M.P. Alberto Montaña Plata. Con relación a las salvedades en los acuerdos bilaterales como requisito de la acción contractual, cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, rad. 17322, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia de 20 de octubre de 2014, rad. 27777, M.P. Enrique Gil Botero.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Alberto Montaña Plata, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PRÓRROGA DEL CONTRATO / CLÁUSULA DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD / MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA PÚBLICA / ADICIÓN DEL VALOR DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / RESTRICCIONES AL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD / FALTA DE PRUEBA / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS SOBRECOSTOS EN CONTRATO ESTATAL

Tesis 1: “Si bien, acompañé con mi voto las reglas de unificación adoptadas, así como la revocación de la sentencia parcialmente estimatoria proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 19 de marzo de 2010, para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda, creo conveniente aclarar que, al suscribir la segunda prórroga del contrato, las partes no consintieron, expresa ni implícitamente, en la exclusión o exoneración de responsabilidad de la entidad por los posibles efectos derivados de tal prórroga, que implicó una mayor permanencia en obra. En esta segunda prórroga, el contratante no ofreció alternativas de convenio modificatorio, ni consiguientemente hubo lugar a optar por una de ellas, como sí ocurrió en la primera prórroga. No está clara, siquiera, la razón por la que fue suscrita la segunda prórroga, ni las circunstancias que dieron lugar a que se pactara una adición de valor del contrato. No cabe pues inferir, a partir de un contexto oscuro, una verdadera exclusión de responsabilidad sobre los efectos económicos de la segunda prórroga, por tratarse de un pacto que tiene una interpretación restrictiva. Secundé, sin embargo, la revocación de la sentencia recurrida, porque, como se afirma en la providencia que es objeto de esta aclaración, el actor no acreditó que hubiera incurrido en sobrecostos con la segunda prórroga.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la interpretación restrictiva de los contratos, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de agosto de 2021, rad. 45004, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / DERECHO RENUNCIABLE / DERECHOS DEL CONTRATISTA / INTERPRETACIÓN DE LA LEY / SALVEDADES EN EL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / DEBERES DEL JUEZ / EJECUCIÓN DEL CONTRATO / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ADICIÓN AL CONTRATO / SUSPENSIÓN DEL CONTRATO / PRÓRROGA DEL CONTRATO / PAZ Y SALVO EN LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / TRANSACCIÓN / EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN / COSA JUZGADA / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / CONTENIDO DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO / CONTROL JUDICIAL DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN BILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL

Tesis 1: “No estoy de acuerdo con que en el fallo se infieran renunciaciones de las modificaciones porque dejar abierta la posibilidad de que tales inferencias se deduzcan sin que exista siquiera pacto expreso nos hace caer en el mismo error que estamos tratando de superar con la modificación a la jurisprudencia vigente. De otra parte, creo que la unificación implica un avance importante en relación con la jurisprudencia actual, en la que se vienen negando sistemáticamente los derechos de los contratistas a través de una exigencia “inventada” por los jueces y “prohibida por la ley” Pero considero también que la regla podría haberse enunciado de forma más contundente y precisa, si se hubiese deducido de una interpretación distinta de las disposiciones legales aplicables. (...) Al establecer jurisprudencialmente que el juez no debe estudiar todas las reclamaciones del contratista que fueron incluidas como salvedad en la liquidación del contrato, porque no se hicieron en una convención modificatoria anterior (otrosí), se está violando el derecho a dejar salvedades en la liquidación bilateral, reconocido en el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007. (...) La regla general es que, suscrita la liquidación, no se pueden presentar con posterioridad reclamaciones judiciales del contratista porque al suscribirla se hizo el ajuste definitivo de las cuentas del contrato. Esa liquidación tiene efectos de transacción y, por ende, de cosa juzgada frente a los conflictos existentes en ese momento. (...) Con la expedición de esta norma, el legislador consagró la posibilidad de acordar liquidaciones parciales en las cuales se pueden reconocer determinadas reclamaciones del contratista y negarle otras, o se pueden hacer reconocimientos parciales de lo pedido. En ese caso se le otorga al contratista el derecho a dejar salvedades al acta para reclamar posteriormente su reconocimiento ante el juez del contrato. (...) [L]as salvedades se establecieron por la ley como un derecho del contratista, con la consecuencia lógica de que podía reclamar por los asuntos incluidos en las salvedades, porque frente a lo demás la liquidación tenía efectos de transacción. (...) No solo no existe fundamento legal para exigirle al contratista salvedades en los acuerdos modificatorios, sino que hacerlo viola su derecho—con base en la norma citada— a reclamar por todos los asuntos que incluyó en las salvedades de la liquidación. (...) Lo lógico es que pueda reclamar y se estudie todo, incluyendo la modificación para estudiar si lo pactado fue suficiente, no solo para inferir si renunció tácitamente a reclamar. La interpretación que el juez hace de la liquidación bilateral del contrato, teniendo en cuenta su objeto y el momento cuando ella se pacta, determina cuáles fueron las reclamaciones que el contratista advirtió que iba a formular posteriormente. Como bien lo indica la sentencia, cuando se pacta la liquidación ya se terminó el contrato. Cuando se pacta la modificación, el contrato se está ejecutando y la ley prohíbe condicionar esa modificación a renunciaciones futuras.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADES EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / CRITERIO PARA PROFERIR LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / EXAMEN DE FONDO / PRETENSIONES DE LA

DEMANDA / CONTRATISTA / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / PARTE RECURRENTE / ENTIDAD ESTATAL

Tesis 1: “[L]a sentencia justifica el estudio del tema sobre la ausencia de salvedades en la suscripción de suspensiones, adiciones o prórrogas al contrato, en el hecho de que, dado que en el pasado una de las posturas de la jurisprudencia fue revisar la existencia o no de dichas salvedades con independencia de si ello fue motivo de excepción o apelación, debía entonces en esta oportunidad estudiarse dicho tema con fines de unificación. Sin perjuicio de que algunas subsecciones de la Sección Tercera han procedido en el pasado tal y como la sentencia expuso en los términos del párrafo precedente, me parece que, al margen de que comparto las consideraciones de fondo frente al tema en cuestión, en este caso se pasó por alto que la recurrente en apelación fue la entidad estatal, respecto de quien en primera instancia se había declarado su incumplimiento del contrato y condenado al pago de una suma por concepto de costos de administración por mayor permanencia en obra (...). En ese contexto, solo se justificaba abordar el estudio del referido tema en la hipótesis de que fuera el contratista el damnificado por una sentencia denegatoria de sus pretensiones con fundamento en que aquel no expresó ninguna salvedad frente a las modificaciones del contrato. (...) Sin embargo, entiendo que la intención de la Sala fue la de reevaluar una regla jurisprudencial que había venido siendo aplicada por algunas subsecciones de la Sección Tercera, la cual impidió que en muchos casos se decidieran de fondo las pretensiones de los contratistas porque no habían plasmado salvedades a las modificaciones del contrato suscritas entre las partes.”

ALCANCE DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / AUSENCIA DE SALVEDADE EN EL ACTA DE PRÓRROGA DEL CONTRATO ESTATAL / AUSENCIA DE SALVEDADE EN EL ACTA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / ACUERDO DE VOLUNTADES / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Tesis 2: “[C]oincido con que el juez del contrato no puede concluir que un contratista renuncia a sus derechos solo porque guardó silencio cuando suscribió con la entidad estatal contratante una modificación de aquel, sin perjuicio de lo cual observo que ese entendimiento apenas impide que la contratante condicione la adición o modificación de contratos a la renuncia tácita del contratista, pero no resuelve un problema del que poco se ha hecho eco en la jurisprudencia, y es cuál es el alcance o cómo se deben valorar jurídicamente las renunciaciones expresas del contratista en el marco de esas mismas modificaciones, frente a la previsión del numeral 3 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con la sentencia materia de esta aclaración, tendrá que estar probado que la intención de las partes, expresa, en el texto de los acuerdos, adiciones o modificaciones, entre otros, posteriores, o desentrañada de acuerdo con las reglas previstas por la ley, fue zanjar la diferencia que ahora se reclama en la demanda, planteamiento que me lleva a reconocer la dificultad de establecer si una renuncia expresa del contratista no está implícitamente condicionada por el hecho de que, si aquel no la consigna, la modificación no la realiza la entidad estatal contratante. De hecho, bien puede suceder que en la adición de recursos o la concesión de mayores plazos, incorporados en las modificaciones del contrato y que se requieran para su culminación, se deje expresamente consignado en la parte considerativa o inclusive en el clausulado de las respectivas modificaciones, que dichas medidas se justifican en función de solicitudes o de dificultades expresadas por el propio contratista durante la ejecución contractual, caso en el cual surge la duda de si la suscripción de aquellas se encuentran o no implícitamente condicionadas. Sobre esto último, considero que la sentencia no hizo ningún avance ni estableció ninguna regla jurídica, razón por la cual su alcance de unificación se limita únicamente frente a los efectos de la ausencia de salvedades.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 27 de julio de 2023, A. V. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 05001-23-31-000-1999-02151-01\(39121\).](#)

**GÉNERO Y NO
DISCRIMINACIÓN**



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN TERCERA

Puede reducirse la condena en repetición, al servidor público que, obró con dolo, bajo estado de ira, o alteración emocional, al haber sido víctima de acoso por su condición sexual.

Síntesis del caso: “Se tiene que el 9 de octubre de 2007 los soldados Jhon Alexander Guerra Osorio, Andrés Pulgarín García, Luis Fernando Saldarriaga y Duber Leison Otálvaro, entre otros, se encontraban desarrollando operaciones de registro y control en la Comuna 13 de Medellín, cuando el primero de ellos disparó su arma de dotación oficial en repetidas oportunidades causando la muerte de varios soldados y lesiones de los últimos tres mencionados”.

MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / RESPONSABILIDAD EN EL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / PAGO DE LA CONDENA EN EL MEDIO DE CONTROL DE REPETICIÓN / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA / FALLO CONDENATORIO / SENTENCIA CONDENATORIA / VALOR DE LA CONDENA / DOLO / CONFIGURACIÓN DEL DOLO / DEMOSTRACIÓN DEL DOLO / PRUEBA DEL DOLO / DELITO DOLOSO / IRA E INTENSO DOLOR / ELEMENTOS DE LA IRA E INTENSO DOLOR / CONFIGURACIÓN DE LA IRA E INTENSO DOLOR / REDUCCIÓN DE LA CONDENA / ACOSO LABORAL / CONDUCTA DE ACOSO LABORAL / DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO / DERECHO A LA ESCOGENCIA DE ORIENTACIÓN SEXUAL / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ENFOQUE DIFERENCIAL CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / VIOLENCIA CONTRA MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / FALTAS DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL / IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE INTERÉS MORATORIO / IMPROCEDENCIA DEL INTERÉS MORATORIO / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA

Problema jurídico 1: ¿Hay lugar a reducir el monto de la condena en repetición, dadas las especiales circunstancias del caso, esto es, el actuar impulsado por un estado de ira, motivado por el matoneo padecido por el agente demandado en el Ejército, en razón a su condición sexual?

Tesis 1: “[Definida la responsabilidad patrimonial del exagente (...), le corresponde a la Sala determinar el monto a reintegrar al Estado por parte del exservidor público demandado, adoptando las previsiones respectivas para que la condena de repetición no se convierta en una decisión que, en razón de su desproporción, vulnere los derechos fundamentales por resultar una obligación excesiva, irredimible o contraria a la distribución de las cargas públicas. (...) Una condena patrimonial en sede de repetición cuyo sustento se halla en una conducta gravemente culpable debe ser valorada de manera diferencial de aquella que es desplegada de manera dolosa; ambas no pueden equipararse en la medida que en el dolo media “la intención dirigida por el Agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño”, acción y determinación que no solo aleja por completo al agente estatal de los fines y deberes propios de su investidura sino que, además se acompaña con la determinación deliberada de causar un daño, asunto que trasciende del campo de la antijuridicidad a la legalidad, erosionando con ello las mismas bases de la legitimidad política del poder público, elemento fundante del Estado. (...) De igual forma, en sentir de la Sala, cuando la conducta calificada como dolosa haya sido reconocida como atenuada en sede penal, atendiendo a las particularidades del caso, el juez de la repetición puede valorarla igualmente de manera diferencial para efectos de establecer el alcance del aspecto volitivo desplegado por el agente o ex agente estatal. Esto, por cuanto si bien el dolo implica la voluntad deliberada de cometer un delito, también debe tenerse en cuenta que cuando éste se lleva a cabo en estado de ira y/o intenso dolor causado por un comportamiento ajeno grave e injustificado, es dable evaluar y tener en cuenta que se realizó como consecuencia de un impulso violento y provocado. (...) Así, para que se configure la ira, la conducta debe ser causada por un impulso violento y provocada por un acto grave e injusto. (...) En el caso que nos ocupa, se trata de un dragoneante que disparó contra sus compañeros en estado de ira, porque era víctima de bullying dada su condición sexual y, si bien no se tiene certeza de ello, porque en el acervo probatorio no obra el expediente penal ni un dictamen que acredite el estado de ira del exagente, lo cierto es que la pena fue reducida en atención al estado anímico y mental que lo condujo a cometer el delito. Dicha situación,

además, no puede ser pasada por alto, si se tiene en cuenta que precisamente fue la base para tener por demostrada la presunción de dolo que aquí le alegó. (...) Así, no sería razonablemente, ni justo, cargar de la misma forma y valor con una obligación de pago a un sujeto que ha actuado prevalido de una intención positiva de causar un menoscabo a otro, a aquél que lo ha causado bajo la una alteración emocional. Hacerlo implicaría otorgar un trato igual a supuestos de hecho desiguales y, por ende, devendría en una violación de los principios constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y buena fe y, de contera, a los derechos del agente. (...) Como viene de verse, la condena penal impuesta al encartado fue rebajada en un porcentaje, habida consideración del atenuante que le fue reconocido por cometer el delito en estado de ira, aquel atenuante si bien no altera la calificación de la conducta como tal, sí puede significar una rebaja en la condena del caso concreto. En ese sentido, la reducción de la pena puede acompasarse con la reducción de la condena de la repetición. (...) Con fundamento en la anterior premisa, resulta razonable inferir que en las actuaciones de los funcionarios públicos desplegadas con dolo y que se les haya reconocido un atenuante como la ira, la condena puede corresponder al 80% de lo pagado por la entidad pública, como indemnización. (...) Adicionalmente, la Sala tendrá en cuenta que del monto pagado por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, ha de descontarse el rubro correspondiente a los intereses, pues estos le corresponden asumirlos al ente administrativo condenado y no pueden ser imputados como obra del actuar doloso del demandado (...). De todas maneras, se dispondrá que el valor indicado se actualice para la fecha de esta sentencia, determinación que solo corresponde al reconocimiento del valor nominal del pago cuya repetición se persigue, entre la fecha que se hizo el pago y el momento de la presente providencia.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la condena en repetición, consultar providencia de 31 de enero de 2019, Exp. 49591, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; de 10 de noviembre de 2016. Exp. 57008, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 09 de agosto de 2023; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 05001-23-33-000-2014-01645-02\(69467\).](#)

SECCIÓN QUINTA

Se negó la nulidad de la elección de los representantes a la Cámara por el departamento de Antioquia, en tanto no se irrespetó la alternancia de género en el trámite de inscripción de la lista.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad de la elección de los señores David Alejandro Toro Ramírez, Susana Gómez Castaño y Luz María Múnica Medina como representantes a la Cámara por el departamento de Antioquia para el período constitucional 2022-2026, alegando entre otras cosas, un desconocimiento de lo firmado en el acuerdo de coalición, dado que al momento de inscribir la lista del Pacto Histórico se desconoció el voto paritario -participación igualitaria de género en orden intercalado, alternancia de género o lista cremallera-, por cuanto en los renglones 102, 103, 112 y 113 de forma consecutiva se ubicaron dos mujeres y dos hombres, respectivamente. La Sala negó las pretensiones de la demanda y frente al cargo alegado, concluyó que el reparo de ilegalidad no implica una irregularidad que afecte la declaratoria de elección cuestionada, en tanto que en el acuerdo de coalición figuran las mismas personas que fueron registradas en el formulario E-6 suscrito ante la Registraduría Nacional del Estado Civil.*

NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE A LA CÁMARA / ACUERDO DE COALICIÓN / INSCRIPCIÓN DE LISTA DE CANDIDATOS / ALTERNANCIA DE GÉNERO / LISTA CREMALLERA

Problema jurídico: *Corresponde a la Sala determinar si al momento de inscribir la lista del Pacto Histórico en la mencionada circunscripción, se desconoció el voto paritario -participación igualitaria de género en orden intercalado o lista cremallera-, por cuanto en los renglones 102, 103, 112 y 113 de forma consecutiva se encuentran dos mujeres y dos hombres, respectivamente.*

Tesis: “Para la Sala, aunque de entrada pareciera que los demandantes tienen razón en sus reparos de ilegalidad, lo cierto es que las circunstancias descritas, por sí solas, no implican una irregularidad en la inscripción de los aspirantes de la mencionada coalición, que afecte la declaratoria de elección aquí cuestionada, pues como pasa a exponerse a continuación, es claro que en todo momento se respetó el acuerdo suscrito para dichos efectos. Como bien lo presentan los demandantes, dicho documento tiene un carácter vinculante, y como lo precisa esta providencia, aquello se predica, no solamente respecto de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que lo suscriben, sino también frente a la organización electoral ante la cual se registra el mismo para efectos de los diferentes trámites de la etapa pre-electoral. Bajo esta consideración, si se observa el contenido de la cláusula tercera del denominado “ACUERDO DE COALICIÓN PROGRAMÁTICA Y POLÍTICA ENTRE LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLO DEMOCRÁTICO ALTERNATIVO -PDA-, ALIANZA DEMOCRÁTICA AMPLIA-ADA-, MOVIMIENTO POLÍTICO COLOMBIA HUMANA, EL MOVIMIENTO ALTERNATIVO INDÍGENA Y SOCIAL -MAIS-, LA UNIÓN PATRIÓTICA -UP- Y EL PARTIDO COMUNISTA COLOMBIANO -PCC PARA INSCRIBIR LISTA DE CANDIDATOS/AS A LA CÁMARA DE REPRESENTANTES POR LA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL DE ANTIOQUIA PARA LAS ELECCIONES DEL 13 DE MARZO DE 2022 PERÍODO CONSTITUCIONAL 2022-2026”, se tiene una total correspondencia entre las personas allí señaladas y aquellas que inicialmente fueron registradas en el formulario E-6 suscrito ante la Registraduría Nacional del Estado Civil. (...). Por ello, se concluye que el acuerdo fue respetado (...). [L]as colectividades integrantes del Pacto Histórico en Antioquia, acudieron a un mecanismo de democracia reflejado en el consenso político entre todos, a través del cual se adoptó la determinación referente a la composición de la lista de candidatos, la que a su vez es respaldada con la firma de quienes obraron como representantes legales de los partidos y movimientos políticos, así como con la posterior expedición del aval en coalición, ambos aspectos que fueron debidamente acreditados al interior del expediente. Para la Sala, dicho aspecto es relevante, toda vez que pone de presente que, respecto del orden de aspirantes, el mismo deviene del resultado de los acuerdos a los que llegaron quienes, de forma coaligada, tenían una intención política clara reflejada en la obtención de curules y representación en una determinada corporación pública. Ahora bien, aunque está demostrado que el acuerdo de coalición en su cláusula primera dispone que la lista a inscribir será paritaria y con alternancia de género, lo cierto es que dicha circunstancia no conlleva a la configuración de la irregularidad alegada por los demandantes. Ello, en la medida en que aquella intención de los partidos cedió frente al resultado de las negociaciones en la conformación de las obligaciones derivadas del acuerdo de coalición, el cual, finalmente, es aquel que representa la voluntad expresada por cada uno de sus integrantes. Así las cosas, esta judicatura entiende que la forma consensuada en que se compuso la lista de aspirantes representa la voluntad política de los partidos y movimientos políticos agrupados bajo la coalición Pacto Histórico y el entendimiento que aquellas dieron a los criterios en postulación de candidatos. (...). Se concluye entonces que el trámite de inscripción de la lista respetó el acuerdo de coalición y por lo tanto no se puede derivar de la situación descrita en forma precedente, un desconocimiento de su carácter vinculante o de otras normas de orden legal o constitucional.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 10 de agosto de 2023; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2022-00165-00 \(principal\).](#)