

EDICIÓN
256

JULIO 2022


CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

#MeSuscriboMeActualizo

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO
JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio
Presidente Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

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

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo
Liliana Marcela Becerra Gámez
Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo
Gloria Cristina Olmos Leguizamón
Antonio José Sánchez David
Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo
Jorge Eduardo González Correa
Natalia Yadira Castilla Caro
Guillermo León Gómez Moreno
Natalia Rodrigo Bravo
Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo
María Magaly Santos Murillo
Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo
Wadith Rodolfo Corredor Villate
Sala de Consulta y Servicio Civil
Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
Juan Sebastián Solarte Álvarez
Acciones Constitucionales
Pedro Javier Barrera Varela
Camilo Augusto Bayona Espejo
Juan Alejandro Suárez Salamanca

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 256, julio de 2022
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co
Consejo de Estado
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.
Palacio de Justicia
Bogotá D.C. – Colombia

CONTENIDO

CONTENIDO	3
EDITORIAL	4
I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS.....	5
II. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	7
III. SALA PLENA DEL CONTENCIOSO	28
IV. SECCIÓN PRIMERA.....	40
V. SECCIÓN SEGUNDA.....	49
VI. SECCIÓN TERCERA	56
VII. SECCIÓN CUARTA	73
VIII. SECCIÓN QUINTA.....	86
IX. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	95
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	98
XI. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO.....	106

EDITORIAL

El Consejo de Estado como máximo juez de la administración pública, resuelve los conflictos entre las personas y las entidades estatales o aquellos que surjan entre dichas entidades. Asimismo, asesora al Gobierno Nacional en asuntos de trascendencia cuando este lo requiera.

Las decisiones y conceptos del Consejo de Estado garantizan la protección de los derechos de las personas y apoyan la toma de decisiones del Estado colombiano, en procura de lograr y consolidar la paz y la convivencia.¹

En asuntos constitucionales, la Colegiatura decidió una acción de tutela interpuesta por una madre gestante y cabeza de familia, mediante la cual consideró que, se vulneraron sus derechos fundamentales al ser desvinculada de su empleo provisional, ante la aprobación de un traslado de una empleada de carrera judicial por el no pago de su licencia de maternidad y aportes en el sistema de salud.

De igual manera en otro asunto de la misma naturaleza, el juez constitucional indicó que se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de una persona en situación de discapacidad mental, a quien se le rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho sin que se valorará su situación particular.

Del mismo modo La Sección Cuarta amparó los derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo y salud de una empleada judicial que padece una enfermedad grave y ordenó su reubicación laboral.

En temas de competencia de la Sala Plena Contenciosa Administrativa, se unificó la jurisprudencia de autos y determinó que aún antes de la vigencia de la Ley 2080 de 2021, el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales en la jurisdicción contenciosa administrativa es apelable, al tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del C.G.P.

Por otro lado, la Sección Segunda estableció que procede la reliquidación pensional sobre nuevos factores reconocidos, como consecuencia de la homologación salarial efectuada con posteridad al retiro del servidor, que se encuentre dentro el lapso que estableció el ingreso base de liquidación.

Dentro de una Acción de Reparación Directa, la Sección Tercera reiteró que no basta con probar omisiones y fallas en las que incurrió la administración, sino que además debe probarse su incidencia causal en el daño.

Por último, mediante Sentencia de Unificación, la Sección Segunda fijó las reglas jurisprudenciales sobre la prima de riesgo como factor de liquidación de prestaciones sociales de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS.

Los invitamos a suscribirse y consultar nuestro boletín, con el propósito de actualizarse en los temas relevantes mes a mes.

¹ [Misión y Visión – Consejo de Estado](#)

I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS Y EXHORTOS

ANULADAS

SECCIÓN PRIMERA

El Decreto 104 de 2012, Acuerdo 41 de 2010, *"Por medio del cual se toman medidas para el ordenamiento del tránsito de vehículos tipo motocicletas, motociclos, motocarros y cuatrimotos en el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta"*, expedido por el alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta: los artículos 5, 6, y 8.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de abril de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 47001-23-31-000-2012-00414-01. \(ver página 41 de este boletín\).](#)

SECCIÓN CUARTA

1. El Concepto 100208221-494 del 29 de abril de 2020 expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de junio de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2020-00028-00 \(25410\) \(ver página 82 de este boletín\).](#)

2. Los Oficios 756 del 27 de marzo de 2019 y 1017 del 3 de julio de 2018, expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 30 de junio de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00008-00 \(25444\) \(ver página 76 de este boletín\).](#)

SUSPENDIDAS

SECCIÓN SEGUNDA

El inciso 2 del literal c) del artículo 1.6.5 de la Circular 01 de 2012, *"Por el cual se fija criterios básicos de reconocimiento pensional"*, expedida por Colpensiones.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, auto de 3 de marzo de 2022, C.P César Palomino Cortés, rad 11001032500020150048500 \(1265-2015\)](#)

EXHORTOS

La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de la Guajira, para que resuelva en una misma providencia la admisión de la demanda y la suspensión provisional.

Sobre el particular dispuso en la parte resolutive lo siguiente: “EXHORTAR al Tribunal Administrativo de La Guajira dar cumplimiento a lo establecido en el inciso final del artículo 277 del CPACA.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 2 de junio de 2022, C. P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación 44001-23-40-000-2022-00008-01.](#)

1
ASUNTOS
CONSTITUCIONALES



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIONES DE TUTELA

1. Configuración del defecto sustantivo en la providencia que estableció una analogía normativa de la convocatoria a concurso público de méritos no aplicable a la elección de personeros frente al término de inscripción a la convocatoria.

Síntesis del caso: La accionante instauró acción de tutela con el fin de obtener el amparo de su derecho fundamental al debido proceso, el cual consideró vulnerado por el Tribunal Administrativo de Santander al haber proferido la providencia de 18 de agosto de 2021, dentro del medio de control de nulidad electoral identificado con el número único de radicación 68679-33-33-002-2020-00038-02, que declaró la nulidad de la elección como personera del municipio de Cabrera, bajo el argumento de que existía un vacío legal respecto al plazo de inscripción en el concurso para proveer el cargo de personero municipal cuando los encargados de realizar la elección son los cabildos municipales y distritales, por lo cual ante la ausencia de norma frente al particular se debía aplicar por analogía la regla que rige los concursos de méritos de competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, contenida en el título 26 del capítulo 2 del Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015 que dispone que el término de inscripción a la convocatoria no podrá ser menor a cinco días, lo cual no ocurrió en el referido proceso de selección del personero municipal. Mediante sentencia de 17 de marzo de 2022, la Sección Segunda amparó el derecho fundamental al debido proceso de la actora y dejó sin efectos la sentencia de 18 de agosto de 2021. Sostuvo que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto sustantivo, toda vez que decretó la nulidad de la elección con fundamento en una supuesta irregularidad relacionada con el plazo de inscripción a la convocatoria por ser menor a cinco días; sin embargo, dicha interpretación excedió el marco competencial del juez natural de la causa que, en sede de nulidad electoral, introdujo un requisito que la ley no estableció para el concurso de personeros.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CONFIRMACIÓN DEL FALLO / DEFECTO SUSTANTIVO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / INAPLICACIÓN DE LA NORMA / NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL / CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ELECCIÓN / INSCRIPCIÓN DE CANDIDATURA ELECTORAL / NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL / VACÍO EN LA NORMA / APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA / IMPROCEDENCIA DE LA ANALOGÍA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / MODIFICACIÓN DEL FALLO / AMPLIACIÓN DEL TÉRMINO PROCESAL / SENTENCIA DE REEMPLAZO

Problema jurídico: ¿Se configuró el defecto sustantivo en la providencia acusada, al utilizar la normativa referente a los concursos de mérito para suplir el presunto vacío normativo en el concurso para la elección de personeros referente al plazo para la inscripción a la convocatoria?

Tesis: “En el caso bajo examen, la actora pretende que se deje sin efecto la providencia de 18 de agosto de 2021, proferida por el TRIBUNAL, mediante la cual confirmó el fallo que declaró la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales fue elegida como personera del municipio de Cabrera, para el periodo 2020-2024, dentro del medio de control de nulidad electoral identificado con el número único de radicación 68679-33-33-002-2020-00038-02. A la citada providencia la actora le atribuye la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, habida cuenta que, a su juicio, la autoridad judicial accionada incurrió en

defecto sustantivo, toda vez que decretó la nulidad de su elección con fundamento en una supuesta irregularidad relacionada con el plazo de inscripción a la convocatoria por ser menor a cinco días, desconociendo que la norma especial aplicable al caso concreto no lo exige. Afirmó que la autoridad judicial accionada introdujo un requisito que no existe a partir de una lectura equivocada de la norma, la cual tiene, por el contrario, respaldo a partir de varios conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública e incluso de algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional. La presente acción de tutela fue resuelta en primera instancia por la SECCIÓN SEGUNDA que, mediante sentencia de 17 de marzo de 2022, amparó el derecho fundamental al debido proceso de la actora, en razón a que en la sentencia cuestionada se configuró un defecto sustantivo, puesto que además de crear un requisito de legalidad que no estaba previsto en la norma que regula el proceso de elección, carecía de argumentos jurídicos adicionales que permitieran encontrar sustento en dicha decisión, pues, el Tribunal se sustrajo de abordar los demás argumentos de nulidad propuestos en el recurso de apelación. (...) [L]a Sala circunscribirá su estudio a los argumentos expuestos en la impugnación y establecerá si le asistió razón al juez de primer grado al concluir que la autoridad judicial accionada vulneró el derecho fundamental al debido proceso deprecado e incurrió en defecto sustantivo, al haber proferido la providencia de 18 de agosto de 2021. La Sala observa que el TRIBUNAL en la providencia cuestionada, luego de relacionar los argumentos expuestos por las partes en el recurso de apelación, afirmó que la decisión de declarar la nulidad de la elección del personero obedeció a que consideró que, aunque en el Decreto 1083 de 2015 se hace referencia a la elección de los personeros, no se estableció un término mínimo para realizar la inscripción de candidatos, por lo que ello generaba un vacío normativo que debía llenarse con los parámetros previstos en el artículo 2.2.6.7 del título 6, relativo a los concursos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que exigen que el término de inscripciones no puede ser inferior a cinco días, como ocurrió en el asunto bajo examen. (...) De la providencia (...) se desprende que la autoridad judicial accionada afirmó que aunque el párrafo del artículo 2.2.27.3 del título 27 del Decreto 1083 de 2015, regula los parámetros mínimos del proceso de elección de personeros municipales y establece un término de 10 días que deben mediar entre la publicación de la convocatoria y la fecha de inscripciones, ello constituye un plazo indefinido para participar, ya que sobre los demás asuntos no se estableció ninguna exigencia temporal, por lo que resultaba imperativamente necesario suplir el supuesto vacío de la norma aplicando el artículo 2.2.6.7 de la misma, que hace referencia a los concursos para empleos de carrera que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, la Sala advierte que la SECCIÓN QUINTA de la Corporación, especializada en temas electorales, mediante sentencia de 15 de diciembre de 2021, en un asunto con supuestos fácticos y jurídicos similares, precisó que no era posible aplicar por medio de la analogía, el párrafo del artículo 2.2.6.7 del Decreto 1083 de 2017, en el proceso de provisión de cargos de personeros municipales y distritales, toda vez que pese a que se adelanta a través de concurso público de méritos, ello no cambia su naturaleza a uno de carrera administrativa, pues los cabildos municipales y distritales cuentan con autonomía para establecer una regulación del proceso electoral. (...) En este punto, la Sala resalta que la Sección Quinta precisó, en la sentencia antes mencionada, que conforme con lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-105 de 2013, en armonía con lo establecido por la Constitución, la ley y el reglamento, existe una regla clara: los Concejos municipales, como órganos de elección, tienen la competencia exclusiva y excluyente para la determinación de los lineamientos generales de la forma en que se adelantarán las etapas y parámetros mínimos del concurso de méritos para proveer el cargo de personero, siendo responsables de su dirección en todo momento, por lo cual concluyó de forma palmaria que no existía un vacío legal frente al particular y que tampoco era posible aplicar por medio de la analogía, el párrafo del artículo 2.2.6.7 del Decreto 1083 de 2017, teniendo en cuenta que existe un proceso especial para proveer los cargos de personeros municipales y distritales. De lo anterior, se desprende que le asistió razón al juez de primer grado al afirmar que el TRIBUNAL incurrió en defecto sustantivo, pues conforme con el criterio jurisprudencial vigente y establecido en la sentencia de 15 de diciembre de 2021, dictada por la SECCIÓN QUINTA del Consejo de Estado, en el caso de marras no existe una ausencia normativa que deba ser suplida con otra norma, pues lo cierto es que sí existe una norma que regula y especifica el término para efectuar las inscripciones de personeros municipales y se encuentra contenida en los artículos 2.2.27.1, 2.2.27.2 y 2.2.27.3 del título 27 del Decreto 1083 de 2017, que establece los estándares mínimos para la elección de Personeros municipales. (...) Lo anterior pone de manifiesto que no resultaba oportuno aplicar de forma analógica el párrafo del artículo 2.2.6.7 del título 6 del Decreto 1083 de 2017, toda vez que dicha norma regula los procesos de selección y concurso para proveer los cargos de carrera administrativa ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil; en tanto que los artículos 2.2.27.1, 2.2.27.2 y 2.2.27.3 del título 27 del Decreto 1083 de 2017, establecen un procedimiento especial para proveer los cargos de Personeros municipales y distritales, a través de un concurso público de méritos, es decir, no existe un vacío normativo, pues lo cierto es que los artículos mencionados en precedencia

facultan a los Concejos para regular de forma autónoma los términos de la convocatoria, siempre y cuando respeten los principios básicos que el ordenamiento legal les impone. Así mismo, es menester precisar que el párrafo del artículo 2.2.27.3 establece un plazo de diez días que deben mediar entre la publicación de la convocatoria y la fecha de inscripciones, lo cual permite colegir que sobre los demás asuntos no se estableció ninguna exigencia temporal, pues únicamente se regularon algunos aspectos mínimos y los demás los dejó a consideración del nominador, esto es, el Concejo municipal o distrital, otorgándoles un margen de discrecionalidad para proveer el cargo de Personero. Aunado a lo anterior, la Sala conviene en mencionar que en la sentencia cuestionada la autoridad judicial accionada omitió pronunciarse frente a la totalidad de los cargos de nulidad propuestos por las partes, bajo el argumento de que había prosperado uno de ellos; no obstante, la PROCURADURÍA 17 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE BUCARAMANGA solicitó la adición de la sentencia para que se resolvieran todos los argumentos, la cual fue denegada mediante providencia de 1o. de diciembre de 2021. Frente al particular, resulta oportuno precisar que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 26 de septiembre de 2017, sostuvo que es deber de los jueces y de los Cuerpos Colegiados resolver todos los cargos de anulación planteados en el líbello introductorio y que hayan integrado el problema jurídico del proceso. (...) Finalmente, y conforme con lo expuesto, la Sala confirmará parcialmente la decisión de primera instancia, en atención a que la sentencia de 18 de agosto de 2021, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso de nulidad electoral identificado con el número único de radicación 68679-33-33-002- 2020-00038-02, desconoció el derecho al debido proceso, en detrimento de los intereses de la tutelante, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala, de conformidad con lo previsto en el artículo 120 del Código General del Proceso, modificará el numeral segundo de la sentencia impugnada por cuanto le dio un término de 10 días a la autoridad judicial accionada para proferir la nueva decisión y, en su lugar, se dejará sin efectos la sentencia de 18 de agosto de 2021 y se le ordenará al Tribunal Administrativo de Santander que dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, profiera una nueva sentencia conforme a las directrices aquí señaladas.”

Salvamento de voto del consejero Oswaldo Giraldo López

SALVAMENTO DE VOTO / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / ALCANCE DE LA NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Problema jurídico: *¿La acción de tutela cumplía con los requisitos de procedencia, en particular, el requisito de subsidiariedad ante la posible procedencia del recurso extraordinario de revisión?*

Tesis: “La acción de tutela fue conocida en primera instancia por la Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación que amparó el derecho fundamental al debido proceso de la accionante. (iii) La Sala en la providencia motivo de salvamento, al conocer de la impugnación presentada por el municipio de Cabrera, consideró que le asistía “(...) razón al juez de primer grado al afirmar que el TRIBUNAL incurrió en defecto sustantivo, pues conforme con el criterio jurisprudencial vigente y establecido en la sentencia de 15 de diciembre de 2021, dictada por la SECCIÓN QUINTA del Consejo de Estado, en el caso de marras no existe una ausencia normativa que deba ser suplida con otra norma, pues lo cierto es que sí existe una norma que regula y especifica el término para efectuar las inscripciones de personeros municipales y se encuentra contenida en los artículos 2.2.27.1, 2.2.27.2 y 2.2.27.3 del título 27 del Decreto 1083 de 2017, que establece los estándares mínimos para la elección de Personeros municipales”. (iv) En mi respetuoso criterio, la tutela debió declararse improcedente porque en relación con el derecho fundamental invocado, esto es, el debido proceso, no estaba acreditado el requisito de subsidiariedad, por las razones que pasan a explicarse: En las acciones de tutela donde se invoque la vulneración del debido proceso, en cualquiera de sus manifestaciones, la acción será irrelevante o improcedente, ya sea porque: i) o el accionante no identifica, dentro del núcleo esencial del derecho al debido proceso, qué es aquello de la sentencia que lo vulnera, con lo cual incumple el requisito de relevancia constitucional; o ii) si lo identifica, no cumplirá con el requisito de subsidiariedad, pues esas consideraciones serían la base para que presentara el recurso extraordinario de revisión, dado que se trata del medio judicial idóneo para proteger tales garantías. Ello, teniendo en cuenta que la tutela es un mecanismo residual y que, si lo que se pretende es acreditar que

una sentencia que no tiene apelación vulnera el debido proceso constitucional, ya la jurisprudencia de las corporaciones de cierre ha dicho que, en tales casos, lo que procede es que el accionante intente el recurso extraordinario de revisión, pues con él igualmente podría protegerse el debido proceso constitucional, cuando se alegue que fue vulnerado con dicha sentencia. En efecto, tratándose de la sentencia de última instancia que, en concepto de la parte reclamante, viola el derecho fundamental al debido proceso, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han dicho que ella es susceptible del recurso extraordinario de revisión por incurrir en la causal quinta del artículo 250 del CPACA, es decir, “existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso alguno (...) la jurisprudencia de esta Corporación también abrió la posibilidad de que el recurso extraordinario de revisión proceda con la invocación de la causal señalada en el anotado numeral 5 del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, cuando quiera que se evidencie la vulneración del derecho al debido proceso (...) En esas condiciones, quien alega que una sentencia de última instancia le ha violado el derecho al debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, e invoca y sustenta elementos de su núcleo esencial, no puede intentar que el asunto le sea resuelto en sede de tutela, salvo que demuestre perjuicio irremediable; pues tiene para ello expedito el recurso extraordinario de revisión. Ello, teniendo en cuenta que la tutela está instituida como un mecanismo residual para amparar derechos constitucionales fundamentales, y ya la jurisprudencia ha señalado que el derecho al debido proceso constitucional (Art. 29 de la Carta Política), que se considere violado o amenazado por sentencia que no tenga apelación, puede ser protegido mediante dicho recurso. Por lo tanto, la acción de tutela así formulada no cumple con el requisito general de la subsidiariedad, indispensable para acceder a la acción de amparo contra sentencia judicial.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 9 de junio de 2022, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, S.V. Oswaldo Giraldo López, radicación 11001-03-15-000-2021-11465-01\(AC\).](#)

2. Se vulneran los derechos fundamentales de la madre gestante que resulta desvinculada de su empleo en provisionalidad, ante el traslado de empleada judicial, por no reconocer las acciones afirmativas de pago de licencia de maternidad y aportes en el sistema de salud

Síntesis del caso: Se presentó acción de tutela por una madre gestante, quien además alegó su condición de madre cabeza de familia, que fue desvinculada de su empleo provisional ante la aprobación de una solicitud de traslado de una empleada en carrera judicial, por el no pago de su licencia de maternidad y aportes en el sistema de salud. El juez de tutela consideró que se desconocieron las subreglas jurisprudenciales previstas en la sentencia SU-075 de 2018 de las cuales derivan unas acciones afirmativas en favor de la madre gestante. Además, esta acción generó un hecho discriminatorio en su condición de mujer.

ACCIÓN DE TUTELA / DISCRIMINACIÓN A LA MUJER EMBARAZADA / PROTECCIÓN AL NASCITURUS / DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO / PERSPECTIVA DE GÉNERO / ACCIONES AFIRMATIVAS / LICENCIA DE MATERNIDAD / APORTES A SISTEMA DE SALUD

Problema jurídico: ¿La Sala debe decidir si revoca la decisión de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, por medio de la cual se amparó el derecho al trabajo de la [accionante, por haberse incumplido las reglas especiales de protección a la madre gestante señaladas en la jurisprudencia constitucional?]

Tesis: “La Sala considera que la decisión tomada por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, resulta ser contraria con las reglas jurisprudenciales vigentes, referentes a la provisión de cargos de carrera administrativa o judicial, ocupados en forma provisional por mujeres en estado de embarazo; en las que se ha precisado dos reglas de protección a saber: (i) el cargo debe ser ofertado entre

los últimos a ser provistos y (ii) en caso de que se concrete el nombramiento en propiedad, corresponde al empleador garantizar la afiliación al sistema de salud de la gestante, cuando menos hasta la terminación de la licencia de maternidad. (...) Visto lo anterior, la sala destaca que al momento del presunto alumbramiento, derivado de la fecha informada por las partes, esto es el 24 de febrero de 2022, la accionante se encontraba prestando sus servicios en Villavicencio, su entidad nominadora era el Juzgado Cuarto (4º) Penal Especializado del Circuito de Villavicencio y estaba incluida dentro de la nómina de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de esa ciudad; luego no asiste razón a la entidad impugnante, cuando insiste en desconocer su responsabilidad frente a la observancia de las acciones afirmativas referentes al fuero de estabilidad laboral relativa de la actora. (...) En tal virtud, la Sala considera que la intervención del juez constitucional es imperiosa, en la medida que es menester proteger los derechos invocados por la [actora]; razón por la que se ordenará a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Villavicencio, como en efecto lo dispuso el a quo, que realice las gestiones administrativas necesarias, en aras de garantizar el pago de la licencia de maternidad y los aportes al sistema general de seguridad social en salud a la actora, en tanto concluye tal licencia.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 20 de abril de 2022, C.P. César Palomino Cortés, radicación 50001-23-33-000-2022-00045-01 \(AC\).](#)

3. Configuración del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto al improbarse una conciliación prejudicial en la cual la parte convocante aceptó un menor valor de lo conciliado a fin de no llevar su caso a la jurisdicción.

Síntesis del caso: El accionante es docente y realiza sus aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), razón por la cual le solicitó el pago de cesantías parciales el 29 de octubre de 2015, las cuales fueron reconocidas por la Secretaría de Educación del municipio de Popayán mediante Resolución N.º 20151700111754; no obstante, no fueron pagadas en el término que estipula la ley. Por lo anterior, el 8 de marzo de 2018 solicitó al FOMAG el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, petición frente a la cual la entidad guardó silencio, por lo que radicó solicitud de conciliación extrajudicial. El 26 de agosto de 2020 se adelantó la diligencia ante la Procuraduría 39 Judicial II de Popayán, en la que se llegó al acuerdo propuesto por la entidad convocada consistente en pagar el 85 % del valor total de la mora equivalente a \$ 16.002.123, por lo que se remitió el expediente al Juzgado Noveno Administrativo de Popayán para su aprobación, quien, a través de auto del 4 de diciembre de 2020, requirió a las partes para que en el término de dos días allegaran al expediente certificado de la asignación básica del demandante para el 2016 y el acta del comité de conciliación de la entidad donde constaran los parámetros de la propuesta presentada. El 18 de diciembre de 2020, el apoderado del demandante le solicitó la ampliación del plazo para allegar la documentación requerida. No obstante, en auto del mismo día, el juzgado improbo el acuerdo conciliatorio, por no haberse subsanado lo requerido por el despacho. Contra la anterior decisión el señor Bolaños Salamanca interpuso recurso de reposición, en el que aportó los desprendibles de pago de 2016. Por otra parte, el Ministerio Público aportó el acta del comité de conciliación del FOMAG así como el poder del apoderado de la entidad convocada y la Fiduprevisora S.A. allegó el acta del comité. Finalmente, el 14 de abril de 2021, el juzgado decidió no reponer el auto recurrido, al advertir ciertas ambigüedades entre los valores conciliados y los verificados con las pruebas aportadas.

ACCIÓN DE TUTELA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CONFIRMACIÓN DEL FALLO / AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / EXCESO RITUAL MANIFIESTO / ACUERDO DE CONCILIACIÓN / FALTA DE APROBACIÓN DEL ACUERDO DE

CONCILIACIÓN / PROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico: *¿El Juzgado Noveno Administrativo de Popayán, al proferir las providencias del 18 de diciembre de 2020 y de 14 de abril de 2021, mediante las cuales improbió el acuerdo conciliatorio suscrito por el accionante con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incurrió en un exceso ritual manifiesto?*

Tesis: “En el presente asunto, el accionante reprocha las providencias del 18 de diciembre de 2020 y 14 de abril de 2021 mediante las cuales el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán improbió el acuerdo conciliatorio suscrito entre este y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por advertir ciertas inconsistencias en los datos allí consignados. Al efecto, el Tribunal Administrativo del Cauca, a través de sentencia del 22 de octubre de 2021, concedió el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, al considerar que la decisión adoptada por el juzgado demandado dio prevalencia a formalidades sobre el derecho sustancial, si se tiene en cuenta que los errores advertidos en el acta de conciliación, según podía advertirse, obedecían a fallas en la transcripción de los datos pero no comportaban la violación de la ley y tampoco una afectación del patrimonio público, pues el acuerdo suscrito correspondió a una cifra menor que la que podría haber quedado pactada de acuerdo con el ánimo de la entidad. Contra dicha decisión, la juez novena administrativa de Popayán interpuso recurso de alzada, insistiendo en que los errores observados en el acta no podían ser obviados por esa judicatura, por lo que pidió revocar el fallo de primera instancia. Ahora bien, en este contexto, la Sala advierte lo siguiente: A través de auto del 4 de noviembre de 2020, el Juzgado Noveno Administrativo de Popayán requirió a las partes convocante y convocada para que allegaran al plenario certificación donde constara el salario del [actor] para el año 2016 así como el acta del comité de conciliación del FOMAG, en el que se evidenciaran los parámetros de la propuesta presentada. Mediante proveído del 18 de diciembre de 2020, el juzgado improbió el acuerdo conciliatorio, por no haberse aportado los documentos requeridos. Contra dicho auto, el convocante interpuso recurso de reposición, que fue negado por el mismo despacho el 14 de abril de 2021. (...) A partir de lo expuesto, la Sala advierte, tal como lo hizo el Tribunal Administrativo del Cauca, que los errores advertidos por la juez novena administrativa de Popayán al momento de improbar el acta de conciliación se refieren al porcentaje que supuestamente fue aceptado frente al que correspondía, finalmente, la suma acordada, y al salario devengado por el convocante, puesto que se había tomado como referencia uno inferior al que en realidad percibe, lo que indica que si bien es cierto existen errores probablemente ocurridos en la transcripción, ello no indica que se haya lesionado el patrimonio público o se haya quebrantado la ley con dicho acuerdo. Lo anterior, puesto que, de acuerdo con la providencia cuestionada, el valor de la mora en que incurrió el FOMAG era superior a \$ 22.000.000 y el ofrecimiento aceptado por el convocante correspondió a \$ 16.002.123, valor que resultó ser inferior al 85 % del total adeudado, puesto que, conforme a dicho porcentaje, este correspondía a \$ 17.674.761. Así pues, aunque existen varias imprecisiones y errores aritméticos en cuanto a los cálculos efectuados, lo cierto es que el [actor], a quien podría pensarse que perjudicaron dichos yerros, aceptó el acuerdo conciliatorio de manera libre y consciente, pues ello se ratificó con la presentación de la presente acción de tutela. Así pues, la Sala coincide con el a quo en que es excesivo improbar el acuerdo conciliatorio so pretexto de contener ciertos errores que, incluso, afectan los intereses del convocante y accionante en tutela, pero que, desde ningún punto de vista, implican la violación de la ley o la lesión al patrimonio público, pues lo que se constata es que la cifra acordada es, en todo caso, inferior a la que la entidad estaba dispuesta a pagar por el pago tardío de las cesantías parciales reclamadas por el [actor]. Por el contrario, lo que sí genera cargas mayores en cabeza del convocante y del sistema de justicia es someter dicho asunto al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con los costos que ello implica para todos los involucrados, a causa de ciertos errores de transcripción que, se insiste, no evidencian de ninguna forma la lesión al patrimonio público y que, contrario sensu, cercenan el acceso efectivo a la administración de justicia del [actor] a través de los medios alternativos de solución de conflictos, que, en palabras de la Corte Constitucional, constituyen “una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, a menores costos que la justicia formal. Esto resulta obvio si las partes llegan a un acuerdo, pues el conflicto se soluciona en el mínimo tiempo posible. Pero aún en el evento en que no se llegue a un acuerdo, la conciliación permite reducir los asuntos objeto de controversia a aquellos que realmente resultan relevantes y desestimula que el litigio se extienda a temas secundarios o a puntos en los que las partes coinciden, con lo cual el eventual proceso judicial resultará menos oneroso en términos de tiempo y recursos al poderse concentrar en los principales aspectos del conflicto”. En este contexto, la Sala confirmará el fallo de primera instancia proferido el 22 de octubre de 2021 por el Tribunal Administrativo del Cauca, en tanto, como quedó visto, el Juzgado Noveno

Administrativo de Popayán, en las providencias cuestionadas, le dio prevalencia a una formalidad sobre el derecho sustancial, por lo que es procedente el amparo constitucional invocado en el presente proceso.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 2 de junio de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 19001-23-33-000-2021-00322-01 \(AC\).](#)

4. Se desconocen los derechos fundamentales de una demandante en situación de discapacidad mental a quien se le rechazó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho sin que se valorara su situación particular

***Síntesis del caso:** El juez constitucional consideró vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de una persona en situación de discapacidad mental, a quien se le rechazó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada contra la Agencia Nacional de Tierras. El Consejo de Estado concluyó que se configura un defecto procedimental al realizarse el conteo de caducidad desde un término anterior al que ejerció la defensa de sus derechos el curador ad-litem, pues antes de ese momento no era posible ejercer sus derechos por la condición de discapacidad que padecía.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO PROCEDIMENTAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

***Problema jurídico:** ¿El Juzgado Segundo Octavo Administrativo de Popayán y el Tribunal Administrativo Del Cauca, al proferir las providencias (...) mediante las cuales rechazaron la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la accionante contra la Agencia Nacional de Tierras adolecen de defecto procedimental, [por cuanto no se valoró la circunstancia especial de la demandante que era una persona en situación especial por su discapacidad mental?]*

Tesis: “En el presente asunto, la parte accionante cuestiona las providencias del 18 de agosto de 2020 y 11 de febrero de 2022 mediante las cuales el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca rechazaron por caducidad el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra la Agencia Nacional de Tierras. Al efecto, considera que el conteo de caducidad de dos años debió contarse a partir del 20 de julio de 2019 cuando se admitió el proceso de jurisdicción voluntaria y se le designó a la [accionante] un curador ad litem, pues solo a partir de ese momento fue posible hacer la defensa de sus intereses.(...) Es claro entonces que la señora Bonilla Chara padece una condición de discapacidad mental, reseñada por los médicos evaluadores como “(...) un déficit cognitivo, llámese retraso mental moderado” que le impide “(...) responsabilizarse de sí mismo, no está en capacidad de manejar dinero o bienes ni disponer de ellos”, lo que implica que debe “(...) permanecer acompañado y/o con supervisión permanente ya que por su grado intelectual no es posible desempeñarse solo y valerse por sí misma en contextos sociales y de desafío, como tomar decisiones, hacer diligencias, manejar direcciones, manejo de dinero etcétera”. Sin embargo, dicha circunstancia no fue objeto de análisis o pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo del Cauca, el cual, en criterio de esta Sala, era sumamente relevante si se tiene en cuenta que para el momento en que se hizo el registro de la adjudicación de los baldíos y que empezó a correr el término de caducidad (mayo de 2011), ya dicha condición estaba estructurada (según el dictamen rendido por la Junta Regional de Invalidez, la fecha de estructuración es el 20 de abril de 2002), lo que indica que la [accionante], para ese momento, era incapaz de ejercer sus derechos, situación que cambió únicamente a partir del momento en que le fue designado el curador provisional. (...) Sin embargo, ante el escenario de la aplicación de la ley y al invocarse la posible

vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia de una persona en condición de discapacidad mental, era necesario que el tribunal recurriera a un juicio de proporcionalidad a fin de analizar si dicha decisión se ajustaba a las exigencias básicas de razonabilidad, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, puesto que desconocer de tajo dichas circunstancias comporta una situación de discriminación frente a una persona que, evidentemente, no se encuentra en las condiciones mínimas que le permitan ejercer plenamente sus derechos. (...) Sin embargo, al examinar si la medida no implica un sacrificio de derechos o principios que tenga, en el caso concreto, un mayor peso de aquél que se pretende satisfacer con la medida (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), para la Sala es claro que pese a la legitimidad de la aplicación de la figura de la caducidad y de su fin, así como de su idoneidad y necesidad, la aplicación irrestricta de dicha institución, en el asunto bajo examen, imposibilita de manera absoluta el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia de la persona en condición de discapacidad mental, puesto que ni siquiera va a tener la posibilidad de obtener un pronunciamiento que determine la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que adjudicaron los bienes en los que, según manifiesta, ha vivido y disfrutado durante toda su vida. En este sentido, la Sala debe insistir en que las circunstancias particulares que han quedado demostradas en el plenario dan cuenta de la grave situación que padece la accionante y que le ha impedido ejercer plenamente sus derechos. (...) Es oportuno señalar que esta Sala de Subsección, en oportunidad anterior, impuso flexibilizar el conteo del término de caducidad en un asunto en el que la accionante se encontraba, igualmente, en una situación irresistible que le había impedido acudir, bajo la regla general de caducidad, al medio de control. (...) Finalmente, la Sala encuentra pertinente prevenir las autoridades judiciales demandadas para que, en lo sucesivo, incorporen en sus decisiones una visión constitucional del derecho, de manera que no omitan incluir consideraciones relacionadas con situaciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta como la que ha sido estudiada en el presente asunto, a fin de remover los obstáculos que puedan originar una restricción o vulneración de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A sentencia del 21 de abril de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-15-000-2022-01613-00 \(AC\).](#)

5. Violación directa de la Constitución al desconocer la providencia acusada la primacía de ésta respecto de actos administrativos y que la declaratoria de insubsistencia de un empleo de carrera administrativa requiere motivación.

Síntesis del caso: *La accionante ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Contraloría de Cundinamarca con el fin de cuestionar la legalidad de la Resolución no. 0236 de 13 de abril de 2016, mediante la cual su nombramiento en el cargo de profesional universitaria, código 219, grado 01 fue declarado insubsistente, sin motivación. El Juzgado 50 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá en sentencia del 26 de marzo de 2019 accedió a las pretensiones de la demanda, en atención a la sentencia C-1177 de 2001 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del literal b) del numeral 2º del artículo 5º de la Ley 443 de 1998 en cuanto a la regla de derecho que establecía que constituían cargos de libre nombramiento y remoción aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implicara confianza y que tuvieran asignadas funciones asistenciales o de apoyo al servicio directo e inmediato en los órganos de control del nivel territorial, siempre y cuando tales empleos se encontraran adscritos al despacho del contralor y del personero, tras considerar que los criterios clasificatorios del cargo eran de aquellos que la Corte prohibió como excluidos de la carrera administrativa por no implicar una confianza cualificada, distinta a la inherente al desempeño de una cargo público y por cuanto dichos cargos se encontraban adscritos al despacho del contralor de Cundinamarca. La Contraloría de Cundinamarca y el Ministerio Público apelaron y la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 6 de noviembre de 2020 revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, negó las pretensiones. Para sustentar su decisión,*

señaló que la planta de cargos de la Contraloría de Cundinamarca establecida mediante Ordenanza no. 154 de 2012 previó que los únicos cargos de libre nombramiento y remoción con la denominación profesional universitario, código 219, grado 01, se encontraban adscritos al despacho del Contralor y este podía designar al empleado en cualquier área de esa entidad, sin que ello implicara mutación del cargo, por lo tanto, no era discutible la naturaleza del cargo puesto que así lo estableció el acto de creación. Finalmente, en cuanto a la sentencia C-1177 de 2001 manifestó que, para el caso concreto de la actora, la situación estaba regida por la Ley 909 de 2004 (norma que derogó la Ley 443 de 1998) y las Ordenanzas 22 de 2001, 076 de 2010 y 154 de 2012, las cuales gozan de presunción de legalidad y por tal razón no era procedente la aplicación de ese precedente habida cuenta que en él la Corte se pronunció sobre una norma diferente a la Ley 909 de 2004 que era la que regulaba la situación jurídica de la actora.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / IMPUGNACIÓN DEL FALLO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REVOCATORIA DEL FALLO IMPUGNADO / DEFECTO SUSTANTIVO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / DESCONOCIMIENTO DE LA NORMA / LEY 909 DE 2004 / DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA EN EL NOMBRAMIENTO DE EMPLEO PÚBLICO / EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / ACTO DE INSUBSISTENCIA DEL EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN / NATURALEZA DEL EMPLEO PÚBLICO / CARRERA ADMINISTRATIVA / DESEMPEÑO DEL CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA / CARRERA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL / PROVISIÓN DEL CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA / ACTO ADMINISTRATIVO DE NOMBRAMIENTO PROVISIONAL / NOMBRAMIENTO DEL EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA INSUBSISTENCIA EN EL NOMBRAMIENTO DE EMPLEO PÚBLICO / CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / ORDEN JUDICIAL DE JUEZ DE TUTELA / SENTENCIA DE REEMPLAZO

***Problema jurídico:** ¿La Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca vulneró los derechos fundamentales de la actora con ocasión de la sentencia de 6 de noviembre de 2020 mediante la cual se revocó la decisión que declaró la nulidad del acto administrativo de insubsistencia de la actora en un cargo en la Contraloría de Cundinamarca, sin motivación alguna por ser de libre nombramiento y remoción y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda?*

Tesis: “En el asunto de la referencia se demanda por esta vía constitucional a la Subsección E de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales antes mencionados, presuntamente vulnerados con ocasión de la sentencia de 6 de noviembre de 2020 mediante la cual se revocó la decisión que declaró la nulidad del acto administrativo de insubsistencia de la actora en un cargo en la Contraloría de Cundinamarca, sin motivación alguna por ser de libre nombramiento y remoción y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda. (...) Frente a tales defectos la parte demandante sostuvo que no ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción en el momento en que fue declarada insubsistente por dos razones: i) el literal b del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 no establece entre las excepciones a los empleos de carrera administrativa los empleos adscritos al despacho del contralor de un ente territorial y ii) la confianza depositada en el empleo desempeñado por la actora no corresponde a aquella que es propia de los cargos de libre nombramiento y remoción. Además, indicó que el tribunal desconoció la sentencia C-1177 de 2001 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el literal b) del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 443 de 1998, el cual establecía entre las excepciones a los cargos de carrera aquellos adscritos a los despachos de los contralores y personeros territoriales. Sobre el particular, sea lo primero destacar que el artículo 125 de la Constitución Política establece que en materia de empleos públicos la regla general es la carrera administrativa y entre las excepciones a dicha regla se encuentran, entre otros, los empleos de libre nombramiento y remoción. En el mismo sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones para explicar que la regla general en materia del régimen de los empleos públicos es la carrera administrativa, pues con ello se busca privilegiar el mérito como principio rector en el acceso a la función pública. (...) De acuerdo con esa misma sentencia y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 125 de la Constitución la carrera administrativa se desarrolla en tres fases distintas, saber: i) el ingreso a los cargos, ii) el ascenso y iii) el retiro. En relación con las fases de ingreso

y ascenso la misma disposición constitucional señala que se surtirán “previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”, a través de concursos de mérito. Frente al retiro, la norma estatuye que se deberá hacer “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”. A su vez, el Título IV de la Ley 909 de 2004 denominado “DEL INGRESO Y EL ASCENSO AL EMPLEO PÚBLICO” establece en su artículo 23 las clases de nombramientos y el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015, reglamentario del sector de función pública. (...) En suma, de lo hasta aquí explicado es posible colegir que en materia de empleo público la regla general es que los cargos son de carrera administrativa y que los de nombramiento y remoción constituyen una de las excepciones a dicha regla, además, que la provisión en ambos casos es igualmente diferente. Por un lado, los de carrera deberán proveerse con las personas que hayan sido seleccionadas por el sistema del mérito o, mientras se surte el concurso, mediante un nombramiento transitorio a través de encargo o en provisionalidad, mientras que, por el otro lado, los empleos de libre nombramiento y remoción podrán ser provistos en encargo o a través de nombramiento ordinario. A su vez, en lo referente al retiro de los empleados que ocupan dichos cargos, según se trate de una u otra figura, las condiciones para desvincularlos del servicio son también distintas, pues, en virtud de la confianza que prima en los de libre nombramiento y remoción si esa confianza se pierde el nominador puede disponer del cargo “libremente”, como su nombra lo indica, y, por el contrario, tratándose de cargos de carrera, bien sea que se ocupen producto de haber superado las etapas del proceso de selección, ora por nombramiento en provisionalidad, el acto requiere ser motivado. (...) En suma, en los términos hasta aquí analizados para la Sala es claro que de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015 y lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional solo procede por acto debidamente motivado y, por el contrario, el acto de retiro de un empleado que ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción, como se explicó, no requiere motivación. En el caso concreto, la discusión se centra en establecer la naturaleza del empleo de profesional universitario, código 219, grado 01 de la Contraloría de Cundinamarca, puesto que el nombramiento de la actora en dicho cargo fue declarado insubsistente a través de la Resolución no. 0236 de 13 de abril de 2016, sin motivación alguna, por tratarse presuntamente de un acto de libre nombramiento y remoción. Se recuerda que en la decisión materia de tutela el tribunal accionado concluyó que efectivamente el cargo desempeñado por la [actora] era de libre nombramiento por lo cual el nominador podía retirarla del servicio sin necesidad de motivar dicho acto, por cuanto el empleo estaba adscrito al despacho del contralor y, además, los actos de creación (Ordenanzas 22 de 2001, 076 de 2010 y 154 de 2012), así como el acto de nombramiento de la actora, establecieron expresamente que este era de tal naturaleza. No obstante, la Sala de entrada advierte que de conformidad con el análisis sustantivo explicado en líneas precedentes y según lo establecido en el propio artículo 125 de la Constitución, se reitera, todos los empleos públicos son de carrera administrativa, lo que implica que para retirar a un empleado que ocupa dicho cargo el acto debe motivarse con razones objetivas, suficientes y razonables que deben constar claramente en el acto de desvinculación. Ahora que, si bien entre las excepciones a dicha regla general están los de libre nombramiento y remoción lo cierto es que la ley no estableció entre dichas excepciones el cargo de profesional universitaria, código 219, grado 01, que es el que desempeñaba la actora. En consecuencia, el tribunal accionado no podía desconocer la Constitución y la ley bajo el argumento de que los actos administrativos –generales de creación del cargo y particular de nombramiento– dispusieron que el cargo era de libre nombramiento y remoción, pues con ello pasó por alto el rango de normas superiores para darle prioridad a unas ordenanzas que por su naturaleza no podían contravenir la Carta Política ni normas legales de mayor jerarquía. Desde ningún punto de vista es admisible que se le pueda otorgar más fuerza normativa a un acto administrativo frente a la ley o mucho menos frente a la Constitución, por lo que en este caso para la Sala es claro que se incurrió en un defecto sustantivo debido a que se desconoció que el literal b) del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 no previó expresamente que el cargo de profesional universitaria, código 219, grado 01 fuese de libre nombramiento y remoción, de donde resultaba forzoso concluir que, por el contrario, este era de carrera administrativa y que la actora lo ocupaba en provisionalidad, razón de más para concluir que el acto de desvinculación sí debía ser debidamente motivado. Ello recobra mayor sentido si se tiene en cuenta, como lo indicó la accionante, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1177 de 2001 declaró inexecutable el literal b del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 443 de 1998 que exceptuó de la regla general de carrera administrativa y constituyó como de libre nombramiento y remoción aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico cuyo ejercicio implicara confianza y que tuvieran asignadas funciones asistenciales o de apoyo al servicio directo de los despachos de los contralores y personeros territoriales. En el estudio de constitucionalidad de la referida norma la Corte consideró que se violó el artículo 125 de la Constitución Política en razón a que la confianza depositada en esos empleados no era distinta a la que se exige para

el cabal cumplimiento del servicio público y, por otro lado, puesto que su vinculación directa a los despachos de los contralores y personeros territoriales no implicaba un criterio de clasificación admisible para ser excluido del sistema general de carrera administrativa. (...) Así las cosas, en atención a la interpretación que previamente hizo la Corte sobre la inconstitucionalidad de una norma de rango legal porque contravenía la Carta Política en tanto desconoció el principio general contemplado en el artículo 125 superior, por cuanto excluyó de la carrera administrativa los empleos adscritos a los despachos de los contralores y personeros de las entidades territoriales con funciones asistenciales o de apoyo, no es de recibo que a través de un acto administrativo –el cual tiene menor rango normativo incluso que una ley– se haya reproducido dicha regla que había sido declarada inexecutable con anterioridad. Admitir lo contrario, como lo hizo el tribunal, implicaría aceptar que la norma declarada inexecutable pueda ser reproducida nuevamente por el reglamento o por un acto administrativo, lo cual a todas luces constituye una violación directa de la Constitución, específicamente del artículo 125 de la Constitución Política, como lo analizó el Tribunal Constitucional en casos como el de la actora. 6.5) Si bien es cierto que en esa oportunidad la Corte analizó la executable del literal b del numeral 2º del artículo 5 la Ley 443 de 1998 y no el literal b del numeral 2º del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 que la reemplazó –y que rige la situación de la actora–, no queda duda de que dicho precedente debe ser atendido puesto que a declaratoria de inexecutable de una norma tiene efectos de cosa juzgada constitucional material¹¹, tal como lo expuso el Consejo de Estado en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil. (...) Tan claro resulta lo anterior que, de hecho, al momento en que el legislador expidió la Ley 909 de 2004 atendió la referida sentencia de constitucionalidad en la medida en que en el nuevo texto modificó el componente de “confianza” a “especial confianza” y suprimió como criterio de exclusión la vinculación de los empleos adscritos a los despachos de contralores y personeros de las entidades territoriales. (...) Bajo esa senda argumentativa, en síntesis, la Sala considera que se incurrió en un defecto sustantivo y de paso se violó de manera directa la Constitución en tanto se desatendió la interpretación que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C1177 de 2001 sobre el artículo 125 superior en casos en los que se excluye de la regla general de la carrera administrativa los empleos adscritos a los despachos de los contralores o personeros de las entidades territoriales que no exigen un nivel especial de confianza, como es el caso de la actora. Inclusive, aun si en gracia de discusión se aceptara que en ese asunto la Corte analizó exclusivamente la constitucionalidad del literal b del numeral 2º del artículo 5 la Ley 443 de 1998, precepto que ya no se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico y que, por ende, podría pensarse que no guarda relación con la situación jurídica de la actora, lo cierto es que en dicho pronunciamiento la razón de ser de la declaratoria de inexecutable de esa disposición fue que los cargos con funciones asistenciales y de apoyo de los despachos de los contralores, como el que ocupaba la actora, no exigen un nivel de confianza especial y personal distinto al que se requiere para el cumplimiento de cualquier cargo del servicio público, por lo que no se encontraba justificada dicha exclusión. La Sala pone de relieve que en este caso, a partir del recuento del estudio que hizo el propio tribunal accionado en la decisión cuestionada, se aprecia con claridad que en la planta de personal de la Contraloría de Cundinamarca se crearon 56 cargos de profesional universitario, código 219, grado 01, sin embargo, en esos actos de creación se dispuso que una parte de ellos serían de carrera administrativa (45 de ellos) y los demás de libre nombramiento y remoción (11 entre los que se encontraba el de la actora); no obstante, la única justificación que se aprecia para tener como tal estos últimos es que los mismos se adscribieron al despacho del contralor, es decir, si bien se trataba de los mismos cargos que tenían funciones equivalentes y casi idénticas -con la única diferencia que estos se hacían depender del contralor, a quien además le rendirían cuentas y que podía designarlos en distintas dependencias- se dispuso a través de un acto administrativo que unos serían de carrera administrativa y otros no. Para la Sala no es de recibo que el hecho de que unos estén adscritos al despacho del contralor y otros no sirva justificar que se excluyan a los primeros de la carrera administrativa, pues como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia a la que se viene aludiendo “nada impone que la realización de funciones asistenciales y de apoyo en los despachos de los contralores y personeros, exija un nivel de confianza laboral y personal extremadamente cualificado para su vinculación y distinto al que se exige para el cabal cumplimiento del servicio público, que justifique que los respectivos empleos deban ser retirados de la carrera administrativa, como fórmula exceptiva al principio general que sobre la misma rige constitucionalmente”. Por consiguiente, se infiere que efectivamente el tribunal accionado incurrió en los defectos sustantivo y violación directa de la Constitución, razón por la cual la Sala se relevará del estudio del defecto fáctico. En ese horizonte de comprensión, se dejará sin efecto el fallo proferido el 6 de noviembre de 2020 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 11001-33-42-053-2016-00647-01 y se ordenará al tribunal accionado que profiera una nueva decisión en la cual se tengan en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia y el estudio que en sede de constitucionalidad realizó el Alto Tribunal Constitucional sobre el artículo 125 de

la Carta Política, el cual es vinculante y tiene efectos de cosa juzgada material, en los términos explicados en esta decisión.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 1 de junio de 2022, C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 11001-03-15-000-2021-01766-01\(AC\).](#)

6. La falta de motivación de la decisión judicial en relación con una justificación razonable que impida acceder a información mediante el derecho de petición, constituye una vulneración la garantía fundamental al debido proceso

Síntesis del caso: *El Consejo de Estado, actuando como juez constitucional, resolvió amparar el derecho fundamental al debido proceso de la parte actora, en relación con la falta de motivación de la providencia judicial que declaró bien negado el acceso a una información por parte del INVÍAS, aduciendo su reserva. El Alto Tribunal consideró, que si bien se citó el fundamento normativo previsto en el numeral 4 del artículo 24 del CPACA, se pasó por alto que la reserva por este tipo de información tiene una duración de seis meses. Por lo tanto, se ordenó al Tribunal accionado, dictar una providencia de reemplazo en la que no se incurra en el defecto indicado.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / FALTA DE MOTIVACIÓN DEL FALLO / PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico: *¿Se determinará si la providencia censurada vulneró [el derecho fundamental al debido proceso de la parte accionante, por haber incurrido en falta de motivación en relación con la justificación de reserva de la información solicitada mediante derecho de petición?*

Tesis: “[L]a Sala, prima facie, advierte que la providencia atacada incurrió en un defecto por ausencia de motivación, ya que, si bien acudió a la reserva legal establecida en el pluricitado numeral 4º del artículo 24 del CPACA para declarar bien denegada la información solicitada, omitió referirse y analizar que esa misma norma establece que tal reserva solo tiene una duración de 6 meses contados desde la realización de la operación respectiva, lo que no ha sido declarado inexecutable o derogado por autoridad competente. Así mismo, tampoco se pronunció acerca de que, si bien esa reserva legal protege la información relacionada con las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, la accionante también había pedido que se le entregaran datos atinentes al estado y valor de los contratos suscritos por la entidad requerida, a procesos judiciales que involucren al INVÍAS y a fuentes de derechos económicos, es decir información que no estaba contemplada por la reserva legal en cuestión. (...) [S]e verifica que no existió una debida motivación para declarar bien denegada la información; aspecto que hace parte de la esfera de la acción de tutela y debe salvaguardarse cuando se advierta su configuración. (...) Bajo estas consideraciones, la Sala concederá el amparo del derecho fundamental al debido proceso en relación con el defecto por ausencia de motivación. En consecuencia, dejará sin efectos la providencia dictada el 18 de noviembre de 2021 por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró bien denegada la información solicitada por [T.M.], para que, en su lugar, se profiera una decisión con observancia de las consideraciones realizadas en esta providencia.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de junio de 2022, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2022-01921-00 \(AC\).](#)

7. Se incurre en un defecto fáctico cuando en un medio de control electoral no se valoran en debida forma todos los formularios E-14 que se presentan en una jornada electoral.

Síntesis del caso: Se acude en ejercicio de la acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, a fin de solicitar la protección a los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, a participar en el ejercicio del poder político y a la igualdad, los cuales se estimaron vulnerados por cuenta de la sentencia de 16 de noviembre de 2021, por medio de la cual se declaró la nulidad de la elección del actor como alcalde del municipio de Achí (Bolívar), para el período 2020-2023. En segunda instancia de la acción de tutela se determinó que, luego de hacer un recuento de los hechos al interior del medio de control de nulidad electoral y las pruebas que fueron valoradas por la autoridad accionada, en efecto se incurrió en un defecto fáctico, pues si bien se tuvo en cuenta la existencia de los formularios E-14 para establecer la validez o no de la elección del accionante en el cargo de alcalde del municipio de Achí (Bolívar), lo cierto es que sólo se analizaron los formularios E-14 presentados por los Claveros, dejando de lado los allegados por los Delegados y por los de Transmisión, razón suficiente para establecer que, con dicha omisión probatoria, no habría lugar a declarar la nulidad de la elección como alcalde de la parte actora.

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

Problema jurídico 1: [¿Es procedente acceder a la solicitud de desvinculación propuesta por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, en tanto que manifestaron no ser las autoridades que presuntamente vulneraron los derechos fundamentales deprecados por la parte actora?]

Tesis 1: “El Consejo Nacional Electoral solicitó que se le desvinculara de la presente acción de tutela, al considerar que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte actora. Por su parte, la Registraduría Nacional Electoral manifestó que no tenía competencia para pronunciarse sobre los hechos objeto de esta acción, ya que se dirige contra una autoridad judicial. Al respecto, la Sala manifiesta que las mencionadas entidades fueron vinculadas al presente trámite constitucional en calidad de terceros con interés, motivo por el cual las solicitudes de desvinculación serán negadas”.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / NULIDAD DE LA ELECCIÓN DEL ALCALDE / VIOLENCIA SOBRE LOS ELECTORES / VIOLENCIA SOBRE LAS AUTORIDADES ELECTORALES / PÉRDIDA DEL DOCUMENTO ELECTORAL / FORMULARIO E-14 / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO ELECTORAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico 2: [L]a Sala establecerá si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos del actor, al incurrir en defecto fáctico, el cual sustenta en el precedente del Consejo de Estado y sustantivo al desconocer el valor probatorio de los formularios E-14 de Transmisión, no tener en cuenta las fotografías de los tres ejemplares de dicha acta y aplicar indebidamente en el artículo 288 de la Ley 1437 de 2011.

Tesis 2: “[La Sala observa] que la autoridad judicial accionada desconoció que el formulario E-14 se expide en tres ejemplares, sin que por este hecho se pueda concluir razonablemente que solo es válido el de Claveros, máxime si se tiene en cuenta que en el expediente obraba el ejemplar del acta correspondiente a Transmisión para las mesas señaladas y el E-14 Delegados de los corregimientos de El Algarrobo y

Providencia, así como las fotografías tomadas por los jurados a las tres versiones –claveros, delegados y transmisión- en virtud de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 1475 de 2011, elementos materiales probatorios que, analizados de manera conjunta, le permitían verificar la conformidad o no, entre los E-14 de Transmisión y Delegados de cara a las fotografías del de Claveros. Ahora, si bien es cierto la Sección Quinta del Consejo de Estado ha establecido que, en algunos casos, se debe dar mayor valor probatorio al formulario E-14 claveros, por ser el que goza de mayor cadena de custodia, al ser el que se introduce en el arca triclave y es la referencia para diligenciar el formulario E-24, lo cierto que dicho criterio no se traduce en que el E-14 Transmisión no tiene ningún valor probatorio a efectos de determinar la voluntad del electorado cuando se destruyó el E-14 claveros, como lo concluyó el Tribunal Administrativo de Bolívar en la sentencia del 16 de noviembre de 2021. (...) En efecto, la autoridad judicial accionada no valoró los referidos formularios E-14 de Transmisión allegados al proceso, pues consideró que no eran documentos válidos para verificar la voluntad de los electores, pues a su juicio, únicamente el de claveros es el pertinente para dicho efecto. (...) En este punto resulta importante reiterar que el Tribunal Administrativo de Bolívar contaba adicionalmente con el registro fotográfico de los tres ejemplares del E-14 los cuales fueron tenidos en cuenta por el Consejo Nacional Electoral, medio probatorio que fue simplemente descartado por la autoridad judicial sin que se realizara su valoración para determinar si los datos consignados en las fotografías coincidían o no con aquellos registrados en el acta correspondiente. (...) En consecuencia, para determinar si en el caso concreto se configuraba o no la causal de nulidad alegada, era necesario aplicar el precedente del Consejo de Estado y valorar según las reglas de la sana crítica y en conjunto los E-14 de Transmisión, los cuales, de estar firmados por al menos dos jurados, tienen la misma validez que los demás ejemplares del referido E-14, igualmente valorar las fotografías allegadas, circunstancia que como no ocurrió, configuran en el sublite el defecto fáctico alegado. (...) [De parte,] la Sala advierte que el Tribunal Administrativo de Bolívar no incurrió en el defecto sustantivo endilgado, ya que si bien el inciso primero del numeral uno del artículo 288 de la Ley 1437 de 2011 hace referencia a la causal de nulidad del numeral 1º del artículo 275 ejusdem, como lo alega el tutelante, lo cierto es que la Sección Quinta del Consejo de Estado ha interpretado que su inciso segundo es aplicable a la causal de nulidad electoral proveniente de la violencia, sea contra las personas –numeral 1º artículo 275- o contra las cosas – numeral 2º artículo 275 ídem-. En ese sentido, resulta razonable la interpretación y aplicación que realizó el Tribunal accionado del artículo 288 de la Ley 1437 de 2011 al caso concreto, motivo por el cual, no se configura el defecto sustantivo endilgado. (...) [Así las cosas,] se ampararán los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, a participar en el ejercicio del poder político y a la igualdad del señor [J.C.B.G.]”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 12 de mayo de 2022, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-15-000-2022-00597-01 \(AC\).](#)

8. Obligación de reubicación laboral de empleada judicial en provisionalidad que padece de cáncer y es desvinculada de su cargo en razón al nombramiento que debe hacerse producto de un concurso de méritos

Síntesis del caso: En el presente caso, la Sección Cuarta del Consejo de Estado amparó los derechos fundamentales al mínimo vital, trabajo y salud de una empleada judicial quien padece cáncer y en razón a ello, se encuentra en situación de debilidad manifiesta. Aunque la desvinculación de la tutelante obedece a una razón de tipo objetivo, porque el nominador debía nombrar a la persona del registro de elegibles producto del concurso de méritos, el Consejo Superior de la Judicatura desconoció las acciones afirmativas que se han previsto para este tipo de fuero especial en razón al estado de salud. Por lo tanto, se le ordenó a las entidades accionadas que se deberá reubicar laboralmente a la tutelante, en un cargo de igual categoría o remuneración al que ocupaba previo a su desvinculación.

ACCIÓN DE TUTELA PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL

REFORZADA DEL TRABAJADOR POR ENFERMEDAD / VIOLACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR / DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO / PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL / DESVINCULACIÓN DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / PERSONA EN SITUACIÓN DE DEBILIDAD MANIFIESTA / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PACIENTE CON CÁNCER / REUBICACIÓN DEL TRABAJADOR / CREACIÓN DE CARGO EN LA RAMA JUDICIAL / RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ / NOMBRAMIENTO EN LA CARRERA JUDICIAL

Problema jurídico 1: ¿La Dirección Seccional de Administración Judicial de Sucre, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Marcos (Sucre) y el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de San Marcos (Sucre) vulneraron los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada del trabajador, dignidad humana, mínimo vital, salud y trabajo del accionante, dada su desvinculación del cargo que ocupaba en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Marcos (Sucre) como consecuencia del nombramiento en propiedad del integrante de la lista de elegibles, así como la inaplicación de las medidas afirmativas pertinentes para la protección del sujeto de especial protección constitucional que goza de estabilidad laboral reforzada por motivos de salud?

Tesis 1: “[L]a Sala encuentra que en el caso la tutelante tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada, debido a que acreditó que “la condición de salud del trabajador le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus funciones;” y a que el empleador conocía de su estado de salud con anterioridad a la desvinculación. Al respecto, la tutelante comprobó que sufre de un cáncer en la boca, cabeza, cara y cuello. (...) [L]a Sala considera que en el caso deben implementarse las medidas de protección preferente dispuestas por la jurisprudencia constitucional, puntualmente la reubicación laboral de la accionante. Esta, sin embargo, no podrá efectuarse en el cargo que la accionante desempeñaba, pues (...) la estabilidad laboral reforzada por motivos de salud no implica el permanecer indefinidamente en un cargo al que tiene derecho de ocupar en propiedad quien superó concurso de méritos. (...) Se considera, entonces, que existe una alternativa para proteger integralmente tanto los derechos a la seguridad social como al mínimo vital y trabajo de la accionante: la reubicación laboral hasta que se defina si hay lugar o no al reconocimiento de la pensión de invalidez. Y esto es así porque a la fecha la accionante no se encuentra en condiciones reales de acceder a un nuevo trabajo que le permita suplir sus necesidades económicas básicas. La orden impartida en primera instancia, concerniente al pago de Seguridad Social en Salud no garantiza un ingreso, por lo menos exiguo, con el que la tutelante pueda sobrellevar los gastos económicos que toda persona necesita para una existencia digna, menos aún los requeridos para paliar una enfermedad catastrófica como lo es el cáncer. (...) [S]e desestima lo expuesto en primera instancia sobre la imposibilidad de reubicar a la accionante bajo el argumento de que a la fecha no existen vacantes para el cargo de citador grado 3 de juzgado municipal en el Distrito Judicial de Sincelejo, según lo informó el Consejo Seccional de la Judicatura de Sincelejo (Sucre). Que actualmente no existan vacantes para dicho cargo no impide la reubicación de la accionante, en tanto que esta no necesariamente debe efectuarse en el mismo cargo. Por el contrario, la reubicación puede realizarse en otro de similares características, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. (...) [T]eniendo en cuenta que ya se conoce la imposibilidad de reubicarla en el Juzgado en que laboraba y que sus padecimientos no provienen de una enfermedad profesional o un accidente de trabajo, la Sala encuentra que son aplicables al caso los supuestos regulados en los artículos 1o y 3o literal C y el artículo 4 del Acuerdo Nro. 756 de 2000. Estos son: (i) la reubicación en cualquier otro cargo de igual categoría o remuneración para el que esté capacitada; (ii) la remisión de la documentación médica relevante a la Administradora de Riesgos Profesionales de la Rama Judicial, para que determine qué funciones puede cumplir la accionante y (iii) de ser el caso, el estudio de parte del Consejo Superior de la Judicatura sobre la posibilidad de crear un cargo para la reubicación de la accionante “mientras persistan las causas que originaron la pérdida de su capacidad laboral o le sea reconocida la correspondiente pensión”. (...) [L]a Sala modificará la decisión de primera instancia, en el sentido de amparar los derechos al mínimo vital, al trabajo y a la salud de la accionante. (...) [A] efectos de la reubicación, el Consejo Superior de la Judicatura deberá tener presente que la tutelante tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada y por ende es beneficiaria de un trato preferencial del que no gozan otros servidores judiciales. Quiere decir que la [accionante] cuenta con un mejor derecho que quienes apenas gozan de una estabilidad laboral relativa, tal como las personas que ejercen cargos en provisionalidad. Por ende, el Consejo Superior de la Judicatura deberá preferir la reubicación de la accionante, de ser el caso, sobre el personal nombrado en esta última categoría. (...) [A] fin de que no suspender los pagos que a la fecha se están realizando al Sistema de Seguridad Social en

Salud, (...) [L]a Sala ordenará que la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sincelejo (Sucre) continúe cancelando tal concepto hasta que el Consejo Superior de la Judicatura efectúe la reubicación. Medida que busca garantizar tanto el derecho a la salud de la tutelante, como que sus tratamientos no sean suspendidos. (...) No se ordenará el pago a aportes en pensión, tal como lo solicitó la accionante en la impugnación, debido a que la falta de cotizaciones no afecta el eventual reconocimiento de la pensión de invalidez, pues para acceder a dicha pensión solamente se requiere haber “cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”. Así lo preceptúa el artículo 38 de la Ley 100 de 1993. (...) no se advierte un esfuerzo coordinado entre las diferentes autoridades que intervienen en situaciones como la descrita para materializar los postulados constitucionales de estabilidad laboral reforzada por salud desarrollados por la Corte Constitucional. (...) Por último, se instará al Consejo Superior de la Judicatura, a fin de que, comunique a los juzgados, tribunales y altas cortes de la Rama Judicial el procedimiento consagrado en el Acuerdo Nro. 756 de 2000, relativo a la reubicación de servidores judiciales por motivos de salud. A este trámite deberá acudir de oficio el nominador, cuando en virtud de un concurso de méritos se hace imperativa la desvinculación de un servidor judicial que ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional por razones de salud. Esto último sin perjuicio de las demás medidas afirmativas que el Consejo Superior de la Judicatura considere pertinentes para la protección de las personas que, pese a gozar de estabilidad laboral reforzada por motivos de salud, deban ser desvinculados de cargos de carrera para así efectuar los nombramientos de los integrantes del registro de elegibles.

FUENTE FORMAL: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, ACUERDO 756 DE 2000, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 13, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 25, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 29, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 47, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 53, DECRETO 1295 DE 1994 - ARTÍCULO 39, DECRETO 1295 DE 1994 - ARTÍCULO 45, DECRETO 2177 DE 1989 - ARTÍCULO 17, LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 101 NUMERAL 1, LEY 776 DE 2002.”

ACCIÓN DE TUTELA PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA / PRINCIPIO DE CELERIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN DE TUTELA / RECHAZO DE SOLICITUD DE NULIDAD / NULIDAD POR INDEBIDA CONFORMACIÓN DEL CONTRADICTORIO / DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR POR ENFERMEDAD / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PACIENTE CON CÁNCER

Problema jurídico 2: ¿Es procedente rechazar de plano la solicitud de nulidad por indebida conformación del contradictorio en la tutela de la referencia, en virtud de evitar la dilación del trámite de amparo y que el caso analizado involucra un sujeto de especial protección constitucional que padece una enfermedad catastrófica?

Tesis: “[La Sala considera que no hay lugar a declarar la nulidad solicitada por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura, pues si bien aquella no fue vinculada en primera instancia, se configuran las causales dispuestas por la Corte Constitucional para integrar el contradictorio en segunda instancia sin que tal gestión constituya una vulneración al debido proceso de tal autoridad. El caso analizado no solo involucra un sujeto de especial protección constitucional, en tanto que la tutelante padece de cáncer en su boca, cabeza, cara y cuello, sino que, en los términos de la Corte Constitucional, “existe una necesidad o exigencia ineludible de evitar la dilación del trámite tutelar”. Esto es así dada la gravedad de la enfermedad catastrófica de la accionante, la cual no permite que el debate constitucional continúe extendiéndose en el tiempo sin obtener una respuesta judicial frente a su situación. Al estar involucrada a una persona que se encuentra en un estado de salud tan delicado, incluso a riesgo de fallecer, la Sala considera que retrotraer la actuación a primera instancia es la alternativa más lesiva, desde el punto de vista constitucional. Y en todo caso, como lo aseguró la Corte Constitucional, en supuestos como el presente la vinculación en segunda instancia “no supone una vulneración del derecho fundamental al debido proceso del tercero vinculado”. Así las cosas, se rechazará de plano la solicitud de nulidad propuesta por la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 - ARTÍCULO 86, DECRETO 2591 DE 1991

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 09 de junio de 2022, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación 70001-23-33-000-2022-00026-01 \(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

1. El municipio de Manzanares, Caldas, y Corpocaldas no vulneraron el derecho a la moralidad administrativa, dado que cumplieron su obligación de dedicar un porcentaje de sus ingresos corrientes para la adquisición y mantenimiento de conservación de recursos hídricos que surten de agua acueductos.

Síntesis del caso: Un ciudadano presentó una demanda en ejercicio de la acción popular, dado que estimó que el municipio de Manzanares, Caldas, y Corpocaldas, incumplieron el mandato contenido en el artículo 11 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 106 de la Ley 1151 de 200, bajo el entendido que dichas autoridades no han adquirido los predios que les exigió el legislador para la conservación de las cuencas de los ríos que surten los acueductos a su cargo.

APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR / INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS / ADQUISICIÓN DE ÁREAS DE IMPORTANCIA PARA EL ACUEDUCTO MUNICIPAL / COSTAS EN LA ACCIÓN POPULAR / CONDENA EN COSTAS EN LA ACCIÓN POPULAR / IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS

Problema jurídico: ¿El municipio de Manzanares (Caldas) y la Corporación Autónoma Regional de Caldas (Corpocaldas) vulneraron el derecho colectivo a la moralidad administrativa por la omisión en el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 106 de la Ley 1151 de 2007, que dispone que los departamentos y municipios dedicarán un porcentaje no inferior al 1% de sus ingresos corrientes para la adquisición y mantenimiento de conservación de recursos hídricos que surten de agua acueductos municipales y distritales?

Tesis: “[N]o existe prueba alguna que evidencie la vulneración del derecho colectivo de moralidad administrativa, pues, si bien el actor no aportó prueba alguna de los hechos y pretensiones puestos de manifiesto en el escrito contentivo de la demanda, lo cierto es que el tribunal de primera instancia invirtió la carga de la prueba y ordenó al municipio de Manzanares y Corpocaldas allegar al proceso las documentales que acreditaran el cumplimiento de la obligación, contenida en el artículo 111 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011, situación que permitió acreditar el cumplimiento de las obligaciones que les asisten a cada entidad convocada en este escenario judicial. En el presente asunto, el municipio de Manzanares aportó una certificación emitida por la asesora contable que evidencia la adquisición de siete (7) predios, entre los años 2009 y 2017, para la protección, recuperación y reforestación de las cuencas hídricas del municipio, documento con el que se acreditó el cumplimiento de la obligación, contenida en el artículo 111 de la Ley 99 de 1993 modificado por el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011. (...) [E]n los procesos promovidos en ejercicio de la acción popular únicamente hay lugar a condenar en costas, en este caso a la parte actora vencida en el proceso, cuando la valoración de la conducta de este permita establecer que obró en forma temeraria o de mala fe. (...) [L]a Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante por cuanto su conducta procesal no corresponde a las condiciones que para ese efecto exige la norma que regula la materia, pues, no está teñida de mala fe ni temeridad dado que no es constitutiva de abuso del derecho ni puede calificarse como torticera,

maliciosa ni malintencionada, presupuesto este indispensable para adoptar aquel tipo de decisión.”

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / ACCIÓN POPULAR / ALCANCE DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / PRESUPUESTOS DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / DIFERENCIA ENTRE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD / JUICIO DE LEGALIDAD

Problema jurídico: ¿Puede equipararse el estudio de la vulneración de la moralidad administrativa con un juicio de legalidad respecto de las actuaciones de la administración?

Tesis: “Aunque comparto la decisión de negar las pretensiones de la acción popular, no estoy de acuerdo con las consideraciones relativas al alcance de la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa. En la sentencia se afirma que en la medida en que está probado que las entidades demandadas cumplieron con las obligaciones dispuestas en los artículos 108 y 111 de la Ley 99 de 1993, no se evidencia una vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa. Sobre este punto, considero que el estudio de la vulneración a la moralidad administrativa no se puede equiparar con un juicio de legalidad respecto de las actuaciones de la administración, ni mucho menos se agota con la determinación de que las entidades demandadas cumplieron con sus obligaciones legales.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de mayo de 2022; C.P. Fredy Hernando Ibarra Martínez, radicación: 17001-23-33-000-2017-00878-01\(AP\), A.V. Martín Bermúdez Muñoz.](#)

2. La falta de diligencia por parte del municipio de Barbosa, Santander, generó la suspensión del permiso de operación del aeródromo La Esperanza, dado que sus instalaciones se encontraban en condiciones que afectaban la seguridad aérea.

Síntesis del caso: Varias ciudadanas presentaron una demanda de tutela contra el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, la Contraloría General de La República, la Aerocivil, el municipio De Barbosa, el Fondo Nacional de Vivienda Fonvivienda, Findeter, el Concejo Municipal de Bárbosa y la Fiduciaria Bogotá S.A. El Consejo de Estado ordenó al Tribunal Administrativo de Santander que tramitara la acción de tutela como una acción popular. Esta Corporación, en segunda instancia, encontró vulnerados los derechos colectivos a la utilización y defensa de los bienes de uso público, de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de calidad de vida de los habitantes, dado que: (i) el municipio ofreció un predio para construir el proyecto Villa Rocío - que a su vez hace parte del proyecto de vivienda del Gobierno Nacional denominado “100.000 viviendas gratis”-, en el que funcionaba el aeródromo “La Esperanza”; (ii) el terminal aéreo no cumple con las condiciones mínimas de seguridad operacional, lo que ha dado lugar a la suspensión del permiso de operación.

MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DESARROLLO URBANO / COMPETENCIA DEL MUNICIPIO / PROPIEDAD DE AERÓDROMO / ACCIÓN URBANÍSTICA / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN /

CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA OBRA PÚBLICA / AEROCIVIL / SUSPENSIÓN DE OPERACIÓN AÉREA / ÁREA DE INFLUENCIA DEL AERÓDROMO

Problema jurídico 1: ¿El municipio accionado vulneró los derechos colectivos a la utilización y defensa de los bienes de uso público, de acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna y, a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, por el presunto estado de abandono del terminal aéreo?

Tesis 1: “[E]n el año 2013 la AEROCIVIL realizó una visita técnica (...) en la que encontró que el terminal aéreo estaba en precarias condiciones por la falta de mantenimiento de parte del MUNICIPIO, lo que impedía su normal funcionamiento, razón por la que realizó una serie de recomendaciones (...). [P]ara el año 2014 las malas condiciones del terminal aéreo seguían sin ser corregidas, lo que motivó a la AEROCIVIL a suspender las operaciones a[é]reas para que las deficiencias fueran subsanadas, sin que existiera respuesta positiva al respecto; por el contrario, lo que advirtió la autoridad aeronáutica fue la construcción de un gimnasio al aire libre sobre la franja de la pista. (...) [D]e lo informado por la PROCURADURÍA y la AERONÁUTICA, al parecer, el MUNICIPIO expidió licencias de construcción sin el debido concepto técnico emitido por parte de la autoridad aeronáutica, que es la encargada de controlar que las construcciones aledañas a los aeródromos o aeropuertos no obstaculicen las operaciones aéreas. (...) [P]ara el año 2016, la AEROCIVIL encontró en la inspección técnica al aeródromo que aparentemente estaba en buenas condiciones de operación, razón por la que decidió levantar la suspensión al permiso de operación (...). [E]n una nueva visita técnica realizada en el año 2021 por parte de la autoridad aeronáutica al aeródromo, [se] pudo evidenciar que la terminal aérea no cumplía con los requisitos mínimos de seguridad operacional, motivo por el que decidió suspender el permiso de operación con el fin de evitar incidentes y accidentes. (...) [L]a Sala advierte que el aeródromo La Esperanza es de propiedad del MUNICIPIO, no solo porque está en un predio que le pertenece, sino porque, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución núm. 306 de 7 de noviembre de 1958, el ente territorial tiene la administración aeroportuaria del aeródromo de manera indefinida y, además, cuenta con el permiso de operación del terminal aéreo según lo informó la AEROCIVIL, razón por la que aquél es el encargado de su explotación y mantenimiento. (...) [E]l artículo 1813 del Código de Comercio dispone que ningún aeródromo puede ser utilizado sin permiso de operación otorgado por la AEROCIVIL, lo que implica que ésta es la que autoriza las operaciones de las terminales aéreas en el País; (...) [A] la AEROCIVIL, como máxima autoridad aeronáutica, se le otorgó la facultad de sancionar administrativamente a los particulares, personas naturales o jurídicas relacionadas con el sector, por la violación de los reglamentos aeronáuticos y las demás normas que regulan las actividades del sector aeronáutico. (...) [L]a desidia y falta de compromiso del MUNICIPIO, como operador del aeródromo, ha afectado los derechos colectivos aquí debatidos, pues han sido 9 años en los que de manera constante la AEROCIVIL ha evidenciado que el terminal aéreo no cumple con las condiciones mínimas de seguridad operacional lo que ha dado lugar a la suspensión del permiso de operación, sin que, a la fecha, el ente territorial haya adoptado acciones eficaces que permitan el mejoramiento de ese bien de uso público. (...) [E]l único responsable de la afectación de los derechos ha sido el MUNICIPIO, pues la AEROCIVIL cumplió con las obligaciones y deberes que le asistían, esto es, regular, certificar, vigilar y controlar el aeródromo La Esperanza, habida cuenta que realizó diferentes visitas técnicas, expidió las respectivas recomendaciones y tomó, en su momento, las decisiones pertinentes en cuanto al permiso de operación, lo que evidencia el ejercicio de sus competencias como máxima autoridad aérea, sin que le sea posible ejecutar acciones diferentes a éstas, dado que, como se vio, la operación y mantenimiento no son de su resorte. [A]l MUNICIPIO es a quien le compete adelantar todas aquellas gestiones necesarias de mantenimiento para asegurar que las instalaciones, los sistemas de iluminación, las ayudas visuales, el área de maniobras y las zonas de seguridad se conserven en condiciones tales que no afecten desfavorablemente la seguridad, regularidad o eficiencia de la navegación aérea, aspectos que no fueron atendidos en debida forma por parte del ente territorial demandado.”

ACCIÓN POPULAR / COMPETENCIA DEL MUNICIPIO / PLANEACIÓN URBANA SOSTENIBLE / ORDENAMIENTO TERRITORIAL MUNICIPAL / ORDENAMIENTO TERRITORIAL / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA TERRITORIAL / USOS DEL SUELO / PROYECTO DE VIVIENDA / AERÓDROMO / COMPETENCIA DE LA AERONÁUTICA CIVIL / FUNCIONES DE LA AERONÁUTICA CIVIL / CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN / ALTURA DE LA CONSTRUCCIÓN EN LAS ÁREA DE INFLUENCIA DEL AERÓDROMO / AERONÁUTICA CIVIL / EXHORTO

Problema jurídico 2: *¿La autoridad aeronáutica vulneró los derechos colectivos a la utilización y defensa de los bienes de uso público, de acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna y, a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, al suspender el permiso de operación del terminal aéreo?*

Tesis 2: “[Se exhorta] a AEROCIVIL para que continúe, en el marco de sus funciones, ejerciendo las labores de verificación para que el aeródromo La Esperanza se encuentre en perfectas condiciones de funcionamiento e inicie las investigaciones a que haya lugar si el MUNICIPIO no atiende las recomendaciones que se le impartan. (...) [L]as órdenes contenidas en (...) la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, fueron adoptadas con fundamento en las recomendaciones de la AEROCIVIL en el oficio 4401-085.250.12012031704 de 23 de julio de 2013, las cuales, en su mayoría, siguen vigentes como se advierte de la visita efectuada el 22 de septiembre de 2021 por la autoridad aeronáutica. (...) [L]a Sala modificará el ordinal 1 del numeral 5° de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de excluir las órdenes de amparo a las que no se hizo referencia en la última visita técnica e incluirá la relacionada con la presencia de obstáculos en la zona de seguridad para ordenar su remoción. En relación con el ordinal 2 del numeral 5° de la parte resolutive de la sentencia, que hace referencia al control del desarrollo urbanístico en las áreas de influencia del aeródromo, la Sala advierte lo siguiente: (...) [D]el artículo 1824 ibidem se advierte que las construcciones o plantaciones que irruman en el área de despeje deben ser autorizadas por la AEROCIVIL. (...) [E]l artículo 14.3.4 de los RAC 14 prevé que la AEROCIVIL debe emitir un concepto sobre la altura de las construcciones en las áreas de influencia de los aeródromos (...). La norma en comento también dispuso que dicho concepto no constituía un permiso de construcción, el cual debía ser emitido por las autoridades correspondientes. [A]l MUNICIPIO, en su calidad de ordenador del territorio, le corresponde ejercer la función pública del urbanismo, la cual, en los términos del artículo 3° de la Ley 388 de 18 de julio de 1997, tiene como uno de sus fines el de posibilitar a sus habitantes el acceso a las infraestructuras de transporte y atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo para el interés común. El MUNICIPIO en ejercicio de su función pública de ordenamiento del territorio, la cual se ejerce a través de la acción urbanística contenida en los planes de ordenamiento territorial (...) Asimismo, el artículo 10° ibidem dispuso como determinante para la elaboración de los planes de ordenamiento territorial el señalamiento y localización de los aeropuertos y las directrices de ordenamiento para su área de influencia; y el artículo 15 ídem previó como norma urbanística general las especificaciones de alturas para los procesos de edificación. [E]s al MUNICIPIO al que le corresponde ejercer el control sobre las edificaciones que se construyan en las inmediaciones de los aeródromos, en atención a sus funciones de ordenamiento del territorio y la acción urbanística que ostenta, cuyas competencias deben ejercerse en colaboración con la AEROCIVIL, pues a dicha entidad le corresponde conceptualizar sobre la altura de las construcciones en las áreas de influencia del terminal aéreo. (...) [L]a Sala adicionará un tercer ordinal en el que se le ordenará al MUNICIPIO que se abstenga de otorgar licencias de construcción o autorizar actividades en el área de influencia del aeródromo La Esperanza que representen un riesgo para la operación aérea. La Sala aclara que la intervención de la AEROCIVIL en la orden de amparo del ordinal 2, de ninguna manera implica una declaratoria de responsabilidad en la amenaza de los derechos colectivos amparados, -la cual solamente le es atribuible al MUNICIPIO por su omisión en el adecuado ejercicio de sus funciones relacionadas con el ordenamiento del territorio-, sino que obedece a la obligación del juez popular de exigir la realización de conductas necesarias para proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado, conforme lo ordena el artículo 34 de la Ley 472. [P]ara la Sala no resulta ajeno el hecho de que el CONCEJO o el MUNICIPIO, en el marco del EOT, puedan considerar el cambio del uso del suelo del sector donde está ubicado el aeródromo, en aras del ordenamiento y desarrollo territorial, autonomía de que gozan las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, evento en el cual no habría lugar a dar cumplimiento a lo aquí ordenado, siempre y cuando no se incurra en un detrimento patrimonial, como el advertido por la CONTRALORÍA en otrora oportunidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia del 3 de junio de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 25000-23-41-000-2015-00582-01 \(AP\).](#)

2

**SALA PLENA
DEL CONTENCIOSO**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

La Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia de autos y determina que, aún antes de la vigencia de la Ley 2080 de 2021, el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales en la jurisdicción contenciosa administrativa es apelable al tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso.

Síntesis del caso: La Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado dictó auto de unificación jurisprudencial sobre la interpretación del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, antes y después de su modificación por la Ley 2080 de 2021, en relación con la procedencia o improcedencia del recurso de apelación previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso, respecto del auto que aprueba la liquidación de las costas procesales.

AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES

Problema jurídico 1: ¿Antes de la vigencia de la Ley 2080 de 2021, el auto que aprueba la liquidación de costas es susceptible del recurso de apelación en la jurisdicción contenciosa administrativa?

Tesis: “[L]a Sala concluye que según lo dispuesto en la norma especial -artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el auto que aprueba la liquidación de las costas es una providencia susceptible de ser controvertida mediante los recursos de reposición y apelación, pues así lo consagra expresamente el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, cuya aplicación resulta imperativa en los términos de la remisión normativa impuesta por el legislador. Ello es así, porque si bien el párrafo del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 expresa que el recurso de apelación sólo procede conforme con las normas establecidas en esta codificación, incluso para aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil, la liquidación de las costas es un instituto que no se encuentra regulado por dicha disposición, ya que ocurre con posterioridad a la terminación del proceso y no se trata de un incidente del mismo. Adicionalmente, por cuanto el artículo 188 ibidem ordena, clara y expresamente, que la liquidación y ejecución de la condena en costas se realice en los términos de las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, cuyo artículo 366 numeral 5 establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas, luego esta norma se aplica de manera íntegra. Para la Sala esta interpretación no se aparta de la jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Constitucional, puesto que el catálogo de autos que son susceptibles de apelación al tenor del artículo 243 ibidem, no resulta taxativo sino enunciativo, por manera que existen en la Ley 1437 de 2011 otros autos interlocutorios que por disposiciones expresas y especiales son susceptibles del recurso de apelación, como es el caso del artículo 188 ejusdem. Finalmente, como el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 no modificó el primer inciso del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, es claro que respecto del auto que aprueba la liquidación de las costas en primera instancia, se mantiene el carácter de decisión apelable por razón de la remisión expresa que en esta materia conservó el artículo 188 ejusdem a la aplicación de las normas del Código General del Proceso. (...) En vigencia de la Ley 1437 de 2011 el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales en la jurisdicción contenciosa administrativa es apelable al tenor de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, disposición a la que remite el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Dicha apelación es procedente a partir del 1 de enero de 2014, fecha en la que entraron a regir las normas del Código General del Proceso para la jurisdicción contenciosa administrativa. Con la entrada en vigor de la Ley 2080 de 2021, el auto que aprueba la liquidación de las costas del proceso sigue siendo apelable”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el recurso de apelación en contra de autos en la jurisdicción contenciosa administrativa, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, (IJ) Auto de 25/06/2014, MP. Enrique Gil Botero, Expediente 25000-23-36-000-2012-00395-01 y Corte Constitucional, sentencia C-319 de 2015.

LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / ADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Problema jurídico 2: ¿Es admisible el recurso de apelación interpuesto en contra del auto por medio del cual se aprobó la liquidación de costas en el caso bajo estudio?

Tesis: “En atención a la regla jurisprudencial expuesta en esta providencia, el recurso de apelación presentado contra el auto del 16 de septiembre de 2019, mediante el cual se aprobó la liquidación de las costas es procedente. Teniendo en cuenta lo anterior, se admitirá el recurso y se ordenará a la Secretaría General del Consejo de Estado que remita el expediente al Tribunal de origen para que, en atención a la competencia que le asiste al ser el juez de segunda instancia, resuelva el recurso de apelación presentado por el apoderado de la [demandante] contra el auto del 16 de septiembre de 2019”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto de unificación del 31 de mayo de 2022; C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2021-11312-00B\(IJ-SU\)](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SOLICITUD DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico: ¿La función de unificación de jurisprudencia solamente puede ejercerse en relación con las normas interpretadas para la resolución de un caso y no para crear sub-reglas jurisprudenciales de manera general y abstracta?

Tesis: “Considero indispensable señalar que, en el Auto de 8 de febrero de 2022 mediante el cual se avocó conocimiento de este asunto, la Sala había decidido unificar diversos aspectos relacionados con las costas, algunos de los cuales no guardaban relación directa con la resolución del caso objeto de la decisión. Por ese motivo, en esa oportunidad salvé parcialmente mi voto, pues, a mi juicio, la función de unificación de jurisprudencia solamente puede ejercerse en relación con las normas interpretadas para la resolución de un caso, y no fue otorgada para crear sub-reglas jurisprudenciales de manera general y abstracta y sobre situaciones que no son objeto de decisión. (...) Justamente ante la imposibilidad de un acuerdo para unificar sobre temas que no eran necesarios para la decisión del caso, la Sala decidió en este Auto de 31 de mayo de 2022, después de haber avocado conocimiento, no unificar sobre los demás asuntos no relacionados con la procedencia del recurso de apelación. Esto, en mi sentir, demuestra lo advertido en aquel salvamento parcial, que no es jurídicamente adecuado, ni conveniente desde el punto de vista práctico, unificar en abstracto y crear sub-reglas jurisprudenciales sobre asuntos que no son objeto de decisión. Sino que debe hacerse en la manera en que se hizo en este Auto, solamente en relación con el caso concreto y después de aplicar, en un sentido u otro, las normas sobre cuya interpretación se unifica”.

Aclaración de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

ACLARACIÓN DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES

Problema jurídico: ¿Le correspondía a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo admitir el recurso de apelación interpuesto en contra del auto que aprobó la liquidación de costas una vez dictada la regla de unificación?

Tesis: “En este caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo avocó conocimiento del asunto, únicamente para pronunciarse sobre la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales en esta jurisdicción. Para ello dispuso la unificación de unas reglas para el entendimiento conjunto de todos los jueces contencioso-administrativos y de esta manera dotar de seguridad jurídica las decisiones sobre ese particular. De manera que, la competencia del Consejo de Estado se agotaba con la determinación sobre las reglas de unificación en la materia, por solicitud del Tribunal Administrativo de Antioquia, a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a quién le correspondía proveer sobre el recurso de apelación interpuesto. Sin embargo, la Sala en este asunto fue

más allá y dispuso la admisión del recurso de apelación contra el auto del 16 de septiembre de 2019, que aprobó la liquidación de la condena en costas, objeto de reproche en este asunto. Tal determinación le correspondía al Tribunal Administrativo de Antioquia, en tanto que es aquella corporación a quien le corresponde la segunda instancia por la naturaleza del asunto, por lo que debía proveer sobre su admisión. Al Consejo de Estado en este asunto tan solo le competía unificar las reglas, como ya se advirtió. Admitir el recurso en cuestión implicaría que esta Corporación es la que va a conocer de la apelación contra el auto que condenó en costas, lo cual no será así pues, se insiste, es al referido Tribunal a quien le corresponderá tramitar el mencionado recurso”.

Aclaración de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

ACLARACIÓN DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES / SOLICITUD DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Problema jurídico: ¿La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debió resolver sobre todos los puntos que se indicaron en el auto que avocó conocimiento del asunto con fines de unificación de jurisprudencia?

Tesis: “[C]onsidero que también debió resolverse ‘respecto de la procedencia de condena en costas en materia contencioso administrativa’. En efecto, a través del auto del 8 de febrero de la presente anualidad, la Sala Plena avocó el conocimiento del asunto para dictar auto de unificación en relación con los siguientes puntos: ‘1. Por solicitud del Magistrado del Tribunal Administrativo de Antioquia y dada la necesidad de unificar jurisprudencia, se definirá la interpretación que corresponde del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, antes y después de su modificación por la Ley 2080 de 2021, en relación con la procedencia o improcedencia del recurso de apelación previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso y respecto del auto que aprueba la liquidación de las costas. 2. De oficio, por razones de importancia jurídica y necesidad de sentar jurisprudencia, la Sala Plena dictará auto de unificación respecto de la procedencia de la condena en costas en materia contencioso administrativa’. Pese a ello, en la providencia del 31 de mayo nada se dijo respecto de la segunda de esas cuestiones: no se estableció la regla de unificación correspondiente y tampoco se expuso la razón por la cual no se procedía con esa actuación, la cual resultaba procedente pues, de oficio, el asunto se seleccionó para esos efectos”.

Aclaración de voto de la consejera Nubia Margoth Peña Garzón

ACLARACIÓN DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES

Problema jurídico: ¿Le correspondía a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo admitir el recurso de apelación interpuesto en contra del auto que aprobó la liquidación de costas una vez dictada la regla de unificación?

Tesis: “[E]n mi entender la determinación sobre la admisión del recurso de apelación no es un asunto de competencia de la Corporación en virtud de la decisión de unificación de jurisprudencia, pues el objeto de la solicitud se limitaba a establecer su procedencia o no en vigencia del CPACA, lo que descartaba asumir una decisión frente al trámite que debía conferírsele al recurso propuesto y que al unificarse, se consideró como viable para cuestionar la providencia que liquidaba las costas en un proceso judicial tramitado en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Además, por cuanto, en los términos del artículo 244 de la Ley 1437 de 2011, norma modificada por la Ley 2080 de 2021, una vez concedido el recurso, el superior decidirá de plano el recurso de apelación, es decir, sin que medie una decisión que lo admita, correspondiente a la orden que se profirió en el auto que aclaró”.

Salvamento parcial de voto del consejero Cesar Palomino Cortés

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE DECIDE RECURSO DE APELACIÓN

Problema jurídico: *¿Le correspondía a la Sala Plena de lo contencioso administrativo decidir el recurso de apelación presentado una vez dictada la regla de unificación en lugar de remitirlo al Tribunal Administrativo de Antioquia para que lo resolviera?*

Tesis: “Mi desacuerdo con dicha providencia es que se haya admitido el recurso de apelación, pero que no lo hubiera resuelto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y, en su lugar, se haya devuelto al Tribunal para que lo decidiera. La Sala Plena de la Corporación, mediante auto del 8 de febrero de 2022, decidió avocar el conocimiento del presente asunto, primero, por la necesidad de unificar jurisprudencia en relación con la procedencia o improcedencia del recurso de apelación respecto del auto que aprueba la liquidación de las costas; y, segundo, “[d]e oficio, por razones de importancia jurídica y necesidad de sentar jurisprudencia, [...] respecto de la procedencia de la condena en costas en materia contencioso administrativa”; ello en atención a la disparidad de criterios y posturas al interior de la Corporación frente a la interpretación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Entonces, de acuerdo con esa finalidad, esta era la oportunidad para que el Consejo de Estado se pronunciara sobre las agencias en derecho, especialmente en materia laboral, no solo por corresponder el asunto debatido en este medio de control al tema laboral o de seguridad social, sino por la discrepancia de criterios actual que se presentan en las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Ciertamente, para cumplir este propósito, y sentar la jurisprudencia anunciada en el auto que avocó el conocimiento de este asunto, era necesario que se adquiriera competencia y el caso se resolviera de fondo, mediante la decisión del recurso de apelación, lo cual solo podría ocurrir si el Consejo de Estado actuaba como juez de segunda instancia; sin embargo, y pese a que el suscrito aprobó la providencia, considero que no fue coherente haber admitido el recurso y a su vez enviarlo al Tribunal para que lo desatara, desatendiendo la importancia jurídica que encierra el tema de las agencias en derecho en materia laboral”.

Salvamento parcial de voto de la consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE DECIDE RECURSO DE APELACIÓN

Problema jurídico: *¿Le correspondía a la Sala Plena de lo contencioso administrativo decidir el recurso de apelación presentado una vez dictada la regla de unificación en lugar de remitirlo al Tribunal Administrativo de Antioquia para que lo resolviera?*

Tesis: “Si bien comparto la regla jurisprudencial sentada en la referida providencia según la cual el auto que aprueba la liquidación de la condena en costas es apelable -antes y luego de la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021-, disiento en cuanto a que se haya remitido el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia para éste desate el recurso de apelación, pues considero que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debía haber resuelto el fondo de la alzada. Lo anterior por cuanto la Sala Plena de la Corporación, mediante auto del 8 de febrero de 2022, avocó el conocimiento del asunto no solo por la necesidad de unificar jurisprudencia en relación con la procedencia o improcedencia del recurso de apelación respecto del auto que aprueba la liquidación de las costas, sino también para “[...] sentar jurisprudencia, [...] respecto de la procedencia de la condena en costas en materia contencioso administrativa”; ello en atención a la disparidad de criterios y posturas al interior de la Corporación frente a la interpretación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. En ese orden esta Corporación tenía competencia y era su deber pronunciarse sobre el asunto en mención a través de la resolución de fondo del recurso de apelación, de manera que se debió haber ejercido la función como juez de instancia y no solamente como juez de unificación, esto en atención a lo consagrado en los artículos 111 y 271 de la Ley 1437 de 2011 -modificada por la Ley 2080 de 2021-, de acuerdo con la cual el Consejo de Estado a través del mecanismo de unificación jurisprudencial -en virtud de la competencia anticipativa, prevalente o preferente propia de ese mecanismo- tiene una doble función, a saber ser el juez de la unificación que orienta decisiones futuras de los casos con supuestos normativos-fácticos similares, y la de obrar como juez de instancia que decide la causa”.

Salvamento parcial de voto del consejero William Hernández Gómez

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE DECIDE RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES

Problema jurídico: *¿Le correspondía a la Sala Plena de lo contencioso administrativo decidir el recurso de apelación presentado una vez dictada la regla de unificación en lugar de remitirlo al Tribunal Administrativo de Antioquia para que lo resolviera?*

Tesis: “En el caso sub examine, el objeto de la decisión no corresponde a un recurso de apelación contra sentencia o a un recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, sino que se trataba de una solicitud de unificación de jurisprudencia en ejercicio del artículo 271 del CPACA. En efecto, se trató de la solicitud elevada en el auto proferido el 25 de agosto de 2021 por el Magistrado de la Sala Tercera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia, doctor Andrew Julián Martínez Martínez, con el propósito de unificar la jurisprudencia en relación con la procedencia o improcedencia del recurso de apelación del auto que aprueba la liquidación de las costas del proceso. En consecuencia, no era procedente proferir la orden de admitir el recurso y devolver el expediente al Tribunal para que este resolviera lo correspondiente a la alzada presentada por la señora Maria Insmelda Alzate Giraldo contra el auto del 16 de septiembre de 2019, que aprobó la liquidación de la condena en costas que fue impuesta en su contra, pues además de que era inadecuado procesalmente, ello implicaría que la competencia del Tribunal en la materia solamente se desplazó de forma temporal y, no en forma definitiva, como en efecto procede con ocasión de las atribuciones conferidas por el artículo 271 del CPACA, el cual de manera precisa señala que el Consejo de Estado asume el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo o de decisión interlocutoria. En mi opinión, esa facultad de asumir el conocimiento de los asuntos que se seleccionen para unificación de jurisprudencia por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia o precisar su alcance o resolver las divergencias en su interpretación y aplicación, implica un desplazamiento definitivo de la competencia de los Tribunales y, no un desplazamiento temporal como ocurrió en el presente caso e incluye no solo la decisión sobre la unificación sino la resolución del caso concreto. (...) Asimismo, es menester resaltar que, en el caso bajo estudio, la decisión de unificación no operó por vía de un recurso ordinario, sino en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 271 del CPACA por lo cual se reitera, la competencia no podía ejercerse solo para la unificación sino para la decisión del caso concreto”.

Salvamento de voto del consejero Luis Alberto Álvarez Parra

SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES

Problema jurídico 1: *¿El auto que aprueba la liquidación de costas era apelable antes de la vigencia de la Ley 2080 de 2021?*

Tesis: “[N]o comparto las reflexiones que se hacen en el proveído del cual me aparto, para señalar que, antes de la Ley 2080, el auto que aprueba la liquidación de las costas, es apelable, dado que este auto no fue enlistado en el artículo 243 ni previsto como tal en otra disposición del CPACA, como sí lo es ahora, en vigencia de la Ley 2080 de 2021, en la medida que, el mencionado párrafo al que me he venido refiriendo, desapareció del estatuto procesal y, por el contrario, se consagró una nueva regla en el numeral 8º y el párrafo 2º del nuevo artículo 243, que permite acudir al CGP en punto al recurso de apelación. Ahora bien, se señala como argumento para sostener que el auto que aprueba la liquidación de la condena en costas es apelable a la luz del texto original del artículo 243, el hecho de que es un auto posterior a la sentencia, luego, en sentir de la Sala, no está contemplado en las hipótesis del artículo 243, ni mucho menos en el párrafo limitante. (...) Esta aseveración no resulta afortunada, pues, nada tiene que ver que el auto objeto de análisis, esto es, el que aprueba la liquidación de las costas, se expida después de la sentencia, para deducir que no hace parte de la regulación y que tampoco se aplica la limitación prevista en el párrafo del artículo 243, pues, una cosa es que este auto se profiera dentro de un trámite posterior a la ejecutoria de la sentencia y otra muy distinta, que se pueda afirmar que está por fuera del trámite de la instancia, como parece insinuar la providencia. La instancia no se define en función del momento en que se expide la providencia sino del grado de conocimiento que corresponde a los jueces por virtud de la ley procesal, de suerte que si una providencia, por disposición legal, tiene posibilidad de ser reexaminada por el superior jerárquico, será de primera instancia, en caso contrario, de única, sin que sea relevante su ubicación dentro del íter procesal de que se trate. (...) Así las cosas, en el caso concreto, considero que debió rechazarse el recurso de apelación por improcedente, dado que el mismo fue interpuesto antes de la vigencia de la Ley 2080 de 2021, según la regla prevista en el artículo 86 de esta ley, cuando no era posible acudir al CGP, como si lo es actualmente, a la luz del nuevo texto del artículo 243, en concordancia con el artículo 188 y el artículo 366 numeral 5 del CPACA”.

Problema jurídico 2: *¿Le correspondía a la Sala Plena de lo contencioso administrativo decidir el recurso de apelación presentado una vez dictada la regla de unificación en lugar de remitirlo al Tribunal Administrativo de Antioquia para que lo resolviera?*

Tesis: “[C]onsidero que, en el presente caso, debió resolverse el recurso de apelación formulado contra el auto proferido por el Juzgado 15 Administrativo Oral del Circuito de Medellín, fechado el 16 de septiembre de 2019, por medio del cual, se aprobó la liquidación de las costas, con base en la dogmática fijada en este auto de unificación, pues, la unificación de jurisprudencia, no tiene como propósito abordar un asunto en abstracto, sino resolver un caso concreto. Este y no otro es el alcance del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, cuando señala que el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los “asuntos pendientes de fallo o decisión interlocutoria” por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar o unificar jurisprudencia, o precisar su alcance o resolver divergencias en su interpretación y aplicación, de oficio o por remisión de las secciones o subsecciones del Consejo de Estado, de un tribunal, como ocurrió en este caso, o a solicitud de parte o del Ministerio Público. El que el asunto se encuentre “pendiente de fallo o decisión interlocutoria”, implica que deba el Consejo de Estado resolver el caso concreto. Así las cosas, si el Consejo de Estado, decide asumir conocimiento, desplaza al tribunal que, en circunstancias normales, tiene la competencia para decidir el caso en segunda instancia. No parece razonable, ni acorde con la finalidad del mecanismo, que el Consejo de Estado señale las pautas interpretativas y deje al tribunal para que decida luego. En mi sentir, esto riñe con la eficacia y celeridad del proceso, pues, si los procesos susceptibles de este mecanismo, respecto de asuntos que conocen los tribunales, “deben ser de única o segunda instancia”, como lo prescribe el artículo 271 del CPACA, la segunda instancia, se supone que se defiere plenamente al Consejo de Estado, si este decide asumir conocimiento”.

Salvamento de voto del consejero Milton Chaves García

SALVAMENTO DE VOTO / AUTO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / LIQUIDACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / RECURSO DE APELACIÓN / PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUTO QUE APRUEBA LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS PROCESALES

Problema jurídico: *¿Antes de la vigencia de la Ley 2080 de 2021, el auto que aprueba la liquidación de costas era apelable en la jurisdicción contenciosa administrativa?*

Tesis: “Con el debido respeto, me aparto de la decisión mayoritaria de la sala porque considero que en vigencia de la Ley 1437 de 2011, antes de la modificación de que fue objeto por la Ley 2080 de 2021, el auto que aprueba la liquidación de costas no era objeto de apelación en la jurisdicción contencioso administrativa. Después de revisar los antecedentes de la Ley 1437 de 2011 no tengo duda que lo pretendido por el legislador fue limitar la procedencia del recurso de apelación a aquellos casos que expresamente se señalaran. (...) [C]abe concluir que la mayoría resolvió de manera contraria al querer del legislador, quien de manera expresa pretendió limitar la procedencia del recurso de apelación para trámites que, como el de liquidación de costas, se rigen por el procedimiento civil (hoy en el Código General del Proceso), que así prevean la apelación de la providencia que liquida costas, al no estar listado en el CPACA no es procedente el recurso de apelación, como ocurre en el caso concreto juzgado por la sala. Cabe anotar que en vigencia de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 243 del CPACA la conclusión es diferente pues a partir de esta norma, para los recursos interpuestos en su vigencia, se fijó una regla diferente a la anteriormente prevista, al señalar en su parágrafo segundo (...)”.

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. Para el reconocimiento de perjuicios inmateriales por la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados es requisito que estos se encuentren acreditados dentro del proceso y que se precise su reparación integral.

Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial instauró demanda en contra de la sentencia del 26 de junio de 2020, mediante la cual la Sección Tercera – Subsección B del Consejo de Estado resolvió una demanda de reparación directa en la que se condenó a dicha entidad por la prolongación de la privación de la libertad a la que fue sometido uno de los demandantes y se reconoció un perjuicio de carácter no pecuniario denominado daño al buen nombre.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO

Problema jurídico 1: ¿La sentencia del 26 de junio de 2020, proferida por la Sección Tercera - Subsección B, está incurso en la causal de revisión del numeral 5 del artículo 250 del C.P.A.C.A., específicamente por el incumplimiento de la carga probatoria en la providencia?

Tesis: “Cabe destacar que el reparo expuesto por la recurrente no tiene la entidad para afectar el debido proceso, por cuanto lo que presenta es un desacuerdo con la valoración de los medios de convicción, más no una anomalía en el procedimiento o en la sentencia que constituya causal de nulidad, pues no encuadra en alguno de los supuestos que la Sala Plena de esta Corporación han admitido como constitutivas de nulidad. De cara al cargo analizado, esto es, el incumplimiento de la carga de la prueba, se observa que no se cuestiona la competencia de la Sala que dictó la providencia, la violación del derecho de audiencias y de defensa, la motivación y congruencia del fallo, la validez y controversia de las pruebas –ya que lo que propone la recurrente es una ausencia de pruebas-, aspectos que constituyen el contenido constitucionalmente vinculante de este derecho, la Sala no evidencia argumento alguno encaminado a acreditar la existencia de una irregularidad que se hubiera presentado al momento de dictarse el fallo de segunda instancia que definió la litis. Por ello, la Sala reitera que el recurso extraordinario de revisión no constituye una tercera instancia ni fue consagrado para revivir etapas procesales que se dejaron vencer por la incuria de la parte actora, por lo que no es posible que el juez de la revisión valore nuevamente las pruebas incorporadas en la actuación. (...) En consecuencia, es claro que la autoridad judicial de segunda instancia, en el proceso de reparación directa, no encontró acreditado un defectuoso funcionamiento de la administración por el tiempo que le tomó a la entidad hacer efectiva la orden y dejar en libertad al [demandante], como lo pretende hacer ver la recurrente, sino por razón del error en el cómputo del tiempo cumplido de la pena. (...) De lo expuesto en precedencia se puede concluir que no se configura la causal de nulidad originada en la sentencia, por la ausencia de pruebas alegada, pues dicho argumento no tiene la capacidad de infirmar el fallo, ya que: (i) no es uno de los supuestos que configura la causal, (ii) tampoco implica una violación del debido proceso; y (iii) lo alegado por la recurrente como no probado, en nada incide en la decisión pues no hace parte de la razón que la fundó.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la causal de revisión del numeral quinto del artículo 250 del C.P.A.C.A., ver: Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión No. 26, sentencia del 7 de abril de 2015, expediente 110010315000201300358-00; Sala Catorce Especial de Decisión, Radicación: 110010315000 2008 00320 00, C.P. Danilo Rojas Betancourth y Sala Especial No. 26. Expediente: 11001-03-15-000-2011-01639-00, C.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN FUNDADO

Problema jurídico 2: ¿La sentencia del 26 de junio de 2020, proferida por la Sección Tercera - Subsección B, está incurrida en la causal de revisión del numeral 5 del artículo 250 del C.P.A.C.A., específicamente por la vulneración al principio de congruencia de la sentencia al haberse reconocido un perjuicio que no fue reclamado ni acreditado?

Tesis: “La falta de coherencia del fallo la hizo consistir en que la sentencia cuestionada reconoció extra petita un perjuicio de carácter no pecuniario, en la medida en que no fue solicitado en la demanda, denominado daño al buen nombre, que no se encontraba acreditado y que tampoco es posible presumir a la luz de los reiterados pronunciamientos que ha dictado la Sección Tercera del Consejo de Estado. (...) [L]a Sala considera que en el presente caso la sentencia dictada el 26 de junio de 2020 por el Consejo de Estado, Sección Tercera – Subsección “B” efectivamente incurrió en causal de nulidad originada en la sentencia por violación del principio de congruencia externa (...). (...) [S]i bien en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 la Sección Tercera estableció que en materia de perjuicios inmateriales, se pueden reconocer de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, lo cierto es que dicha regla opera bajo el entendido de que se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral, lo cual no ocurre en el caso concreto, y, por ende, no era posible su reconocimiento oficioso. (...) [E]s claro que en la providencia objeto de análisis hubo una ausencia de verificación y acreditación de los anteriores presupuestos, para el reconocimiento de los derechos convencional y constitucionalmente protegidos, debido que estos casos ameritan un estudio de las circunstancias que tornen relevante el asunto y que además cumplan con los parámetros fijados en las sentencias de unificación antes expuestas. Lo anterior por cuanto el simple hecho de encontrarse probada la prolongación injusta e ilegal de la privación de la libertad que se generó en sede penal, no genera per se la protección de esta categoría de daño, como se expuso en la sentencia del Consejo de Estado al unificar los criterios, buscando que la protección se estableciera para aquellos casos relevantes con graves afectaciones a derechos humanos. Además, la Sala observa que en la sentencia objeto de este recurso, no se atendió a que la imposición de la tipología requiere que la medida restaurativa sea correlativa, oportuna, pertinente y adecuada al daño generado, situación que no se analizó ni tampoco se mencionó por parte del operador judicial. (...) Por lo expuesto, el haberse incurrido en contradicción entre lo pedido, probado y acreditado en el proceso y la resolutive del fallo de segunda instancia, por falta de comprobación de la coincidencia de las reglas y subreglas contenidas en las sentencias de unificación de jurisprudencia del 14 de septiembre de 2011 y 28 de agosto de 2014, aplicables al caso concreto, conlleva a concluir sin hesitación que el recurso extraordinario de revisión interpuesto tiene vocación de prosperidad, como en efecto se declarará en esta providencia. En consecuencia, resulta imperativo acceder a la pretensión de declarar la nulidad parcial del fallo recurrido en sede de revisión, por encontrarse plenamente acreditada la causal 5ª de revisión consagrada en el artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, configurada por el hecho de haberse incurrido en incongruencia externa, con la entidad suficiente para invalidar parcialmente la sentencia cuestionada.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de congruencia, ver: Corte Constitucional, sentencia SU-363 de 2021 y Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 28.08.2014. M.P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero. Rad. 05001-23-25-000-1999- 01063-01(32988) y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14.09.2011. M.P. Enrique Gil Botero. Rad. 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031).

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete Especial de Decisión; sentencia del 1° de junio de 2022; C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación: 11001-03-15-000-2021-05767-00\(REV\)](#)

2. El Consejo de Estado, en el marco del control inmediato de legalidad, declaró la nulidad del Decreto No. 1754 del 22 de diciembre de 2020, “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y

periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria”, expedido por el Gobierno Nacional.

Síntesis del caso: Mediante el control inmediato de legalidad, la Sala Plena de la Corporación, a través de la Sala Especial de Decisión No. 17, estudió la legalidad del Decreto No. 1754 del 22 de diciembre de 2020, “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria”, expedido por el Gobierno Nacional.

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS FORMALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / COMPETENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 1: ¿En el caso bajo estudio se cumplen los requisitos de procedencia y los presupuestos formales del control inmediato de legalidad respecto del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, expedido por el Presidente de la República?

Tesis: “El Gobierno Nacional (Presidente de la República; Ministro de Justicia y del Derecho y Director del Departamento Administrativo de la Función Pública) es la mayor autoridad del orden nacional, conforme a lo dispuesto por los artículos 189, 115 y 208 de la Constitución Política. (...) Por tanto, se verifica de esta manera el cumplimiento del primer requisito formal del control inmediato de legalidad, en tanto el acto sujeto a control fue expedido por una autoridad del orden nacional. (...) El acto objeto de control fue expedido por el Gobierno Nacional (Presidente de la República; Ministro de Justicia y del Derecho y Director del Departamento Administrativo de la Función Pública), en virtud, de un lado, de lo previsto en el Decreto Legislativo 491 de 2020 que desarrolló el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 (...). Teniendo en consideración que la actividad reglamentaria constituye típica función administrativa, subordinada a la ley cuya efectividad facilita mediante actos que propenden por la concreción de sus supuestos, se tiene por cumplido el segundo requisito formal del control inmediato de legalidad. (...) Visto el contenido del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, para la Sala resulta claro que este es controlable en tanto que es una decisión de carácter general y corresponde al desarrollo de un decreto legislativo sobre la materia, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la emergencia sanitaria, es decir, corresponde a decisiones con efectos generales, impersonales y abstractos, en los términos que demanda el artículo 136 del CPACA. (...) Una vez revisada la parte motiva del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, se advierte que, además de basarse en la facultad reglamentaria otorgada por la norma superior, también lo hace con base en el Decreto Legislativo No. 491 de 28 de marzo de 2020 (...) específicamente en lo dispuesto en el artículo 14º ejusdem, el cual dispuso que, hasta tanto permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, se aplazarán en los procesos de selección las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas que se estén adelantando para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico (...) Ahora bien, el acto analizado también cumple con los requisitos formales de objeto, causa y finalidad, elementos esenciales requeridos para la efectiva expresión de la voluntad unilateral de la administración (...). [L]a Sala no advierte la omisión de requisito alguno para efectos de la expedición del acto objeto de revisión, además que, este cuenta con un epígrafe, número de identificación, fecha de expedición, la referencia expresa a las facultades que se ejercen, el contenido de las materias reguladas, la parte resolutive y la firma de los servidores públicos que lo suscriben”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las características propias del control inmediato de legalidad, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias del 20 de octubre de 2009 en el Expediente 11001-03-15-000-2009-00549-00; del 9 de diciembre de 2009, en el expediente 2009-0732 00.; y del 5 de marzo de 2012 en el Expediente 11001-03-15-000-2010-00369-00; Sentencia del 3 de mayo de 1999; en el expediente radicado al número CA- 011; y del 23 de noviembre de 2010, expediente No. 2010-00196.

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ASPECTOS MATERIALES DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / ACTO ADMINISTRATIVO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE CONEXIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 2: *¿Las disposiciones del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, expedido por el Presidente de la República, cumplen con el criterio de conexidad respecto del Decreto Legislativo 491 de 2020?*

Tesis: “[L]a Sala observa que el articulado del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, relacionado con la reanudación de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como de los periodos de prueba en vigencia de la Emergencia Sanitaria, si bien cuenta con un fundamento constitucional para su expedición, no se justifica en tanto no sirve para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y a los previstos en el Decreto Legislativo 491 de 2020, que se profirió como desarrollo de la declaratoria de emergencia. En efecto, el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020 ordenó el aplazamiento de los concursos de mérito que se estuvieren adelantando, con la advertencia de que estos debían reanudarse una vez fuere superada la Emergencia Sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social; no obstante, la norma objeto de control dispuso que las entidades o instancias encargadas de los procesos de selección podrán reactivarlos estando aún vigente la declaratoria de emergencia sanitaria. (...) [C]on la expedición del Decreto 1754 de 2020 el ejecutivo desbordó su atribución constitucional de desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en tanto introdujo aspectos que no se desprenden de manera natural y lógica de sus disposiciones, pues permitió que las entidades o instancias responsables de los concursos pudieran reactivar las etapas de reclutamiento -así como los periodos de prueba- durante la vigencia de la emergencia sanitaria, cuando la norma que pretende desarrollar -Decreto Legislativo 491/20- prevé justamente lo contrario, esto es, que estos trámites se reanudarán cuando la emergencia haya sido superada. (...) Frente a este panorama, la Sala considera que el Decreto 1750 de 2020 no cumple con el requisito material de conexidad, habida consideración que sus contenidos no materializan los fines que justificaron la declaratoria del Estado de Emergencia, Económica y Social a través del Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, como tampoco la habilitación realizada por el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, que se dictó como desarrollo de la declaratoria de emergencia”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la exequibilidad del Decreto Legislativo 491 de 2020, ver: Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2020.

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIOS DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE NECESIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

Problema jurídico 3: *¿Las disposiciones del Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, expedido por el Presidente de la República, cumplen con el criterio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad?*

Tesis: “En lo que tiene que ver con la idoneidad de la medida, la Sala considera que la decisión de reanudar los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como de los periodos de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, no es un medio idóneo para asegurar el principio del mérito en la función pública, así como salvaguardar el derecho a la salud de los servidores públicos y/o ciudadanos que se encuentren en alguna de las etapas de estos procesos. Lo anterior, comoquiera que, aunque dichos fines son constitucionalmente legítimos, según se explicó en precedencia, la medida desconoce abiertamente la restricción impuesta por el legislador extraordinario de que dichos procesos de selección quedaran aplazados con ocasión de los efectos de la pandemia del Covid-19, y sólo se reanudarán una vez fuere superada la emergencia sanitaria dictada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Como el acto sujeto a control dispuso la posibilidad de dar curso a estos trámites aun estando en vigencia la emergencia sanitaria, resulta palmario que no es apropiada para lograr el fin perseguido. (...) De otra parte, considera la Sala que las medidas adoptadas no eran necesarias, por cuanto el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad estaba garantizado por el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020, que previó que dichos procesos se reanudarían una vez fuere superada la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social, de manera tal que, al establecerse la posibilidad de reactivarse las etapas de los concursos bajo el cumplimiento de protocolos de bioseguridad y con la definición de esquemas de supervisión para el periodo de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, se desconoció abiertamente el mandato definido sobre este punto por parte del legislador extraordinario, al tanto que las razones que justificaron la declaratoria de esta última aún estaban vigentes al momento de dictarse el acto objeto de control. Por último, la decisión de reanudar los procesos de selección tampoco era proporcional en sentido

estricto, pues, si bien se adujo que existía una reducción estabilizada y relevante en la velocidad de transmisión del Covid-19, lo que permitió una reactivación paulatina de la actividad económica del país, resulta claro que esta suspensión era temporal y finalizaría una vez fuera levantada la emergencia sanitaria, además que, esta situación no afectaba a los concursos en los que ya existían listas de elegibles en firme pues en estos ya se habían consolidado los derechos de los aspirantes. Por tanto, no resulta proporcional que, en aras de asegurar el principio del mérito en la función pública, así como salvaguardar el derecho a la salud de los servidores públicos y/o ciudadanos que se encontraran en alguna de las etapas de estos procesos, se reactivaran las fases de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de pruebas, cuando el Decreto Legislativo 491 de 2020 (art. 14) fue expreso en disponer que la suspensión de estos trámites tendría lugar “Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social”, de manera tal que, en ese sentido, resulta claro que estas medidas contravinieron el ordenamiento jurídico vigente”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Diecisiete Especial de Decisión; sentencia del 3 de junio de 2022; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 11001-03-15-000-2021-04664-00\(CA\)](#)

3
SECCIÓN
PRIMERA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Son nulas por falsa motivación las disposiciones contenidas en un acto administrativo por medio de las cuales un ente territorial estableció unas medidas de prohibición de acompañantes o parrilleros en motocicletas, motocarros, mototriciclos, motociclos y cuatrimotos y las excepciones a ésta, si no existe motivación suficiente que conduzca a limitar el derecho de locomoción.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, contra el Decreto 104 del 14 de mayo de 2012, "Por medio del cual se toman medidas para el ordenamiento del tránsito de vehículos tipo motocicletas, motociclos, motocarros y cuatrimotos en el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta", proferido por el Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

RESTRICCIÓN A LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS / RESTRICCIÓN A LA CIRCULACIÓN DE MOTOCICLETA / RESTRICCIÓN A LA CIRCULACIÓN DE MOTOCICLETA CON PARRILLERO / DERECHO A LA LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN / LIMITACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN / FACULTADES DEL ALCALDE / AUTORIDAD DE TRÁNSITO / TEST DE PROPORCIONALIDAD / TEST DE RAZONABILIDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN / VIOLACIÓN DE LA NORMA / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 1: Definir si son nulos los artículos 5, 6 y 8 del Decreto 104 de 2012, que adoptan dos (2) tipos de determinaciones: (i) la relacionada con la restricción de tránsito de motocicletas, motociclos, mototriciclos, motocarros y cuatrimotos en determinados horarios y zonas en la ciudad de Santa Marta, y (ii) la referida a la prohibición de circulación de esa clase de vehículos con acompañante o parrillero, por desconocer el núcleo esencial de la libertad de locomoción a la luz del test de proporcionalidad que es el que propone el actor.

Tesis 1: Del primer requisito del test de proporcionalidad y razonabilidad – Fin constitucionalmente admisible. Se desprende de la motivación del Decreto 104 de 2012 (acusado) que la pretensión de su expedición lo fue la garantía de la primacía del interés general sobre el particular (artículo 1 Superior), la protección del espacio público (artículo 82 ibídem), la eficiente prestación del servicio público de transporte (artículo 365 ibídem) y el de asegurar la convivencia pacífica y la protección a las personas en su vida, honra y demás derechos y libertades de los ciudadanos (artículos 2, 11 y 58 Superiores). Bajo tal perspectiva, encuentra la Sala que las medidas que se controvierten tienen respaldo constitucional. Del segundo requisito del test de proporcionalidad y razonabilidad – disposiciones no prohibidas en el orden jurídico. En lo que hace al segundo criterio del anotado test, concerniente a que las medidas restrictivas no se encuentren prohibidas por el ordenamiento jurídico, no se advierte ninguna limitación jurídica en ese orden y, por el contrario, lo que se halla son expresas atribuciones legales y constitucionales para expedir los citados artículos 5, 6, 8 y 10 de la decisión enjuiciada, lo cual ratifica el principio de legalidad en la materia y el cumplimiento de lo expresado en el artículo 6 Superior. [...] Del tercer requisito del test de proporcionalidad y razonabilidad – Correspondencia en términos de razonabilidad entre el fin perseguido y la medida adoptada [...] [L]a Sala deberá resolver si la restricción al derecho de libertad de locomoción impuesta por el Alcalde de la ciudad de Santa Marta a través de la limitación de circulación de motocicletas, motocarros, motociclos, mototriciclos y cuatrimotos en las zonas horarias y sectores allí establecidos, es razonable con los motivos que se aducen en el acto para alcanzar ese fin. [...] [E]l ente territorial fundó su decisión en términos de competencia en las normas que invoca en los incisos uno al siete, pero al explicar los motivos de hecho que lo llevaron a imponer la anotada limitación adujo una problemática de criminalidad y delincuencia, que no respalda sino con esa afirmación y con una manifestación de que tales sucesos ocurrieron en los "últimos periodos", lo mismo que una aseveración de un "notable" incremento de los delitos contra la vida y la integridad personal y contra el patrimonio público. Nótese entonces que, con miras a definir si se cumple con este presupuesto del test de proporcionalidad, lo exigido es verificar si la decisión que se objeta resulta razonable con los motivos que se aducen; circunstancia que es de imposible verificación para el caso, pues al margen de, como ya se dijo, una simple afirmación, no constan estudios que las sustenten, de tal suerte que no se establece a

cuáles periodos están referidos los sucesos de “criminalidad”; esto es, si responden al último mes, semestre o año, y menos se informan cuáles son los índices de los delitos de homicidio y hurto que conducen a que se restrinja un derecho de orden fundamental, ni los sectores de la ciudad en los cuales se presentan, al omitir evidencias en términos de denuncias penales, por ejemplo; y menos aún que el uso de la clase de vehículos que se enlista con parrilleros o acompañantes sea determinante para, se infiere, la comisión de delitos contra la vida e integridad personal y contra el patrimonio económico. Ahora, es también palpable que las políticas de ordenación del tránsito carecen de motivación fáctica, que es lo que se reprocha a través de la interposición de la presente demanda, en tanto que, tal y como lo aduce el accionante, una limitación a la movilidad en la manera como lo impuso el ente territorial requería la demostración de problemas de congestión vehicular en las zonas que se aducen en los artículos censurados, so pena de vulnerar no sólo el derecho de locomoción, sino los que se encuentran en íntima conexión, como el trabajo, salud o educación. No consta ningún esfuerzo del Distrito para demostrar supuestos fácticos que califica de “notorios”, cuando quiera que tal connotación requiere de la concurrencia de ciertos elementos que, como se explicará, no acontecen en el asunto bajo examen. [...] [N]o encuentra para el caso esta Sala que la situación de inseguridad en el Distrito de Santa Marta corresponda a un hecho con las características de notoriedad anotadas, como quiera que es completamente ajeno a quienes suscriben la presente providencia las condiciones de tránsito de esa ciudad y las de seguridad en la época en que se suscribió el acto que se acusa parcialmente, circunstancia que imponía al Alcalde de dicho ente la carga de acreditar tales supuestos para emitirlo. Es más, si se tratara de un hecho notorio, nada habría dicho el demandante sobre el particular, pues precisamente sus peticiones se sustentan en afirmar que el acto administrativo enjuiciado parte de premisas que no son ciertas, y los hechos en que se sustentan bien pueden ser acreditados con datos estadísticos, estudios de movilidad y otros, que son precisamente los que dan sustento a las decisiones que todo mandatario debe tomar en el ejercicio de su cargo. Los aspectos antes expuestos impiden un ejercicio de razonabilidad de la medida, aunado a que desdibuja el carácter motivado de las decisiones de la Administración, pues la mera indicación de una hipótesis, como el presunto incremento de los índices de criminalidad, no define en sí misma la necesidad de prohibir la circulación de determinados vehículos, o que los mismos transiten con o sin acompañantes para proteger a la comunidad de la presunta inseguridad y violencia, o para disminuir los índices de congestión vehicular. En otras palabras, de lo expuesto en la parte motiva es imposible colegir que la adoptada es una medida razonable, máxime cuando se trata de una política que limita un derecho fundamental; escenario este que imponía a la Administración valorar las condiciones propias de su territorio, de modo que, ponderadas esas precisas circunstancias, concluyera si se requería una medida restrictiva o no. Suponer un ejercicio con tal nivel de desbordamiento, sería tanto como permitir que se perpetúen decisiones al arbitrio de quien las toma, aspecto éste que está proscrito en el orden jurídico, dado el requerimiento y exigencia a la autoridad pública de respaldar sus decisiones no sólo en los postulados de orden superior, sino en las circunstancias que permiten la adopción de una política de esta naturaleza. [...] Por lo anterior, como no existe ningún razonamiento que permita definir si las medidas adoptadas por la Administración eran consecuentes para lograr el fin perseguido de manera que se concluyera en la razonabilidad de la decisión, es claro que fue vulnerado el núcleo esencial del derecho de locomoción y, por ende, es menester declarar la nulidad de los artículos 5, 6 y 8 del Decreto 104 de 2012, expedido por el Alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

RESTRICCIÓN A LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS / RESTRICCIÓN A LA CIRCULACIÓN DE MOTOCICLETA / RESTRICCIÓN A LA CIRCULACIÓN DE MOTOCICLETA CON PARRILLERO / CONCEPTO DE LA FALSA MOTIVACIÓN / INDEBIDA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / NULIDAD POR FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 2: Definir si son nulos los artículos 5, 6 y 8 del Decreto 104 de 2012, que adoptan dos (2) tipos de determinaciones: (i) la relacionada con la restricción de tránsito de motocicletas, motociclos, mototriciclos, motocarros y cuatrimotos en determinados horarios y zonas en la ciudad de Santa Marta, y (ii) la referida a la prohibición de circulación de esa clase de vehículos con acompañante o parrillero, por falsa motivación.

Tesis 2: [S]e evidencia que el demandante cuestiona que los artículos 5, 6 y 8 del Decreto 104 de 2012, expedido por el Alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta fueron proferidos sin estudios previos que permitan constatar la relación teleológica entre la medida adoptada y el propósito que se pretendía cumplir. Siendo ello así, dichos reparos se encuentran subsumidos en la causal de indebida motivación en cuanto a la segunda inferencia anotada, en la medida que se cuestiona que la motivación del acto demandado no era suficiente para la consecución del fin; y ello es evidente dadas las explicaciones esgrimidas en el anterior acápite, que vale la pena reiterar a efectos de ilustrar la acreditación de esta causal de nulidad pues, aun cuando se indican razones de seguridad y congestión vehicular, no se hallan fundamento alguno que respalde la limitación a la movilidad impuesta. Bajo las anteriores premisas, y al prosperar el cargo de violación de normas superiores y de falsa motivación, la Sala revocará la

sentencia del 26 de marzo de 2015, expedida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, y, en su lugar, declarará la nulidad de los artículos 5, 6, y 8 del Decreto 104 del 2012 expedido por el Alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de abril de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 47001-23-31-000-2012-00414-01.](#)

2. No son nulos los actos administrativos que establecen escalas de remuneración para las madres comunitarias atendiendo el tiempo de su servicio y el número de niños atendidos.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad, contra el Decreto Reglamentario número 1490 del 6 de mayo de 2008, "Por el cual se reglamenta el artículo 4 de la Ley 1187 de 2008, "por la cual se adiciona un parágrafo 2 al artículo 2 de la Ley 1023 de 2006 y se dictan otras disposiciones", proferido por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social; y el artículo 2 de la Resolución número 1773 de 8 de mayo de 2008, "Por la cual se modifica parcialmente la Resolución 000010 de Enero 2 de 2008 mediante la cual se aprueban los Lineamientos de Programación y Ejecución, de Metas Sociales y Financieras del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar", proferida por el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR / HOGAR COMUNITARIO / MADRE COMUNITARIA/ SERVICIOS PÚBLICOS / BECAS / AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL / ESCALAS DE REMUNERACIÓN / INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Problema jurídico 1: Se debe declarar la nulidad del Decreto 1490 del 6 de mayo de 2008 proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el entonces Ministro de Protección Social y la Resolución 1773 del 8 de mayo de 2008 proferida por la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con fundamento en que al ser expedidos hubo extralimitación de la potestad reglamentaria, por cuanto desconocieron el designio del Legislador (contenido en el trámite legislativo) quien, al expedir la norma en cita, lo que pretendió fue reconocer a todas las madres comunitarias, sin excepción, una bonificación mensual del setenta por ciento (70%) del SMLMV a partir del 1 de enero de 2008, sin que tal aspecto se encontrara ligado a la modalidad en que ejercieran esa actividad o el número de niños y niñas atendidos.

Tesis 1: [L]o concerniente a la bonificación mensual que sería reconocida a las Madres Comunitarias no fue puesto en discusión en el órgano Legislativo, pues se incorporó apenas en el último debate de la Plenaria Senado, por lo que resulta imposible verificar desde ese contexto si la intención del Legislador era la de definir de manera uniforme el reconocimiento de la citada bonificación al margen de la clasificación de los hogares comunitarios. Lo que sí se logra advertir de las mencionadas intervenciones es que el fin perseguido al expedir la norma era garantizar la afiliación al Sistema de Seguridad Social de las Madres Comunitarias, dada la evidente vulnerabilidad en la que se encontraban, pues, a pesar de prestar un servicio tan relevante para la sociedad, no tenían acceso a servicios como el de salud o pensiones. Colorario lo expuesto es que, de la revisión de los antecedentes que dieron lugar a la expedición de la Ley 1187 de 2008, no es posible extraer cuál fue el significado y sentido que el Congreso de la República quiso darle al porcentaje del salario mínimo que sería entregado a las Madres Comunitarias a título de bonificación por su actividad, pues, como quedó en evidencia, lo incorporado sobre la remuneración en la Gaceta 303/07 coincide literalmente con el texto del artículo 4º de la anotada Ley. Así las cosas, no encuentra la Sala asidero en el argumento del accionante cuando indicó que, vía revisión de los antecedentes legislativos, o lo que es lo mismo, una interpretación histórica, pudiera extraerse el designio del Congreso de la República al proferir el citado artículo 4 ibidem, de modo que se concluyera que al expedirlo pretendió reconocer a todas las madres comunitarias, sin excepción, una bonificación mensual del setenta por ciento (70%) del SMLMV a partir del 1 de enero de 2008, sin que tal aspecto se encontrara ligado a la modalidad en que ejercieran esa actividad o el número de niños y niñas atendidos.

SISTEMA NACIONAL DE BIENESTAR FAMILIAR / HOGAR COMUNITARIO / MADRE COMUNITARIA / SERVICIOS PÚBLICOS / BECAS / AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL / ESCALAS DE REMUNERACIÓN / TARIFA DIFERENCIAL / DESIGUALDAD / DERECHO A LA IGUALDAD MATERIAL / POTESTAD REGLAMENTARIA / ALCANCE DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / INEXISTENCIA DE LA EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Problema jurídico 2: Se debe declarar la nulidad del Decreto 1490 del 6 de mayo de 2008 proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el entonces Ministro de Protección Social y la Resolución 1773 del 8 de mayo de 2008 proferida por la Directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con fundamento en que al ser expedidos hubo extralimitación de la potestad reglamentaria, dado que, de acuerdo con el análisis semántico efectuado de la preposición "al" dispuesto en la norma legal, lo que se quiso decir fue que la bonificación mensual de las madres comunitarias debía incrementarse "a el" setenta por ciento (70%), enunciado que, a la luz de lo que prevé el Diccionario de la real Academia de la Lengua Española, dista del contenido de la norma reglamentaria, según el cual tal bonificación se incrementará "hasta" en un setenta por ciento (70%) del SMLMV estableciendo un límite que no es consonante con la norma superior. Lo dicho, para el actor, es demostrativo de que existió una clara violación de lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 Superior y de lo establecido en el artículo 53 ibídem, en tanto que lo reconocido a las madres comunitarias antes de la expedición de la Ley 1187 de 2008 era una cifra paupérrima que daba al traste con los principios de dignidad humana y que imponían una interpretación premiando el principio de favorabilidad.

Tesis 2: [E]s claro para la Sala que las entidades enjuiciadas no desbordaron el alcance de la Ley 1187 de 2008; por el contrario, buscaron hacer efectivos los mandatos allí previstos por el Legislador y darles un desarrollo lógico en términos de suficiencia y adecuación con la realidad, estableciendo dentro de los parámetros fijados, el porcentaje que debía ser pagado a las Madres Comunitarias de manera proporcional y equitativa por el servicio que prestan a la comunidad. [...] Bajo tal perspectiva, la Sala halla conforme a los anotados parámetros la expedición de las disposiciones que se impugnan, en tanto que hacen consonante desde un enfoque de facticidad el reconocimiento en dinero por la prestación de un servicio, definiendo un trato diferencial que se ajusta a las condiciones en que se ejecuta. Aceptar una interpretación contraria, esto es, una que admita que el porcentaje señalado en el artículo 4º de la Ley 1187 de 2008 debe ser reconocido de forma uniforme a todas las Madres Comunitarias sin tener condiciones propias de la prestación del servicio que define los grados o criterios de clasificación de los Hogares Comunitarios de Bienestar, implicaría que quien emplee menos tiempo y esfuerzo para la atención de dicho servicio público y tenga una menor carga de niños, merecería el mismo reconocimiento económico respecto de quien dedique más horas y tenga un mayor número de niños a su cuidado, lo que devendría en un trato injusto e inequitativo y consecuentemente, redundaría en una violación al mandato Superior de garantizar el derecho a la igualdad material previsto en el artículo 13 de la Carta. [...] De conformidad con lo dicho, se observa en consecuencia que los actos administrativos demandados simplemente reconocen y desarrollan el precepto constitucional que exige que, en condiciones desiguales, es necesario reglamentar reconociendo las diferencias, para atender la igualdad material que nuestra Constitución Política consagra; dándole por tanto efecto útil a una norma legal que, entendida como lo propone el demandante, sería claramente inconstitucional. En tales condiciones, se negarán las pretensiones de nulidad del Decreto 1490 de 2008 y del artículo 2 de la Resolución 1773 de esa anualidad, al no haberse acreditado el vicio de nulidad por exceso en la potestad reglamentaria en la forma en que quedó explicado anteriormente.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de abril de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2014-00386-00.](#)

3. Las entidades territoriales pueden autorizar vigencias futuras excepcionales, previo el cumplimiento de los requisitos que exige la ley.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de los artículos 23 y 24 del Acuerdo núm. 0241 de 8 de septiembre de 2008, "por medio del cual se modifican unos artículos de los Acuerdos 178 y 190 de 2006, se autoriza el cobro de una contribución de valorización por beneficio general para la construcción de un plan de obras, se aprueban unas vigencias futuras excepcionales y se dictan otras disposiciones", expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali.

AUTONOMÍA DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / AUTONOMÍA PRESUPUESTAL DE LA ENTIDAD TERRITORIAL / PLAN DE DESARROLLO MUNICIPAL / ESTATUTO ORGÁNICO DEL PRESUPUESTO / PRINCIPIO DE UNIDAD PRESUPUESTAL / PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA / CONTRIBUCIÓN POR VALORIZACIÓN / FACULTADES DEL CONCEJO MUNICIPAL / AUTORIZACIÓN AL ALCALDE PARA COMPROMETER VIGENCIAS FUTURAS / INEXISTENCIA DE LA PROHIBICIÓN DE COMPROMETER VIGENCIAS FUTURAS / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico: [E]stablecer la legalidad de los artículos 23 y 24 del Acuerdo núm. 0241 de 2008, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, en el que se autoriza al Alcalde de dicho ente territorial para comprometer vigencias futuras excepcionales de las vigencias fiscales de los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013.

Tesis: En esta oportunidad, la Sala reitera la posición expuesta en la sentencia del 1o. de febrero de 2018, en el sentido de precisar que es procedente que las entidades territoriales bajo el principio de igualdad y autonomía presupuestal comprometan vigencias futuras excepcionales conforme lo establece el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), adaptándolas a su organización, normas constitucionales y condiciones, disposiciones entre las cuales se encuentra, precisamente, el artículo 24 de este Estatuto (cuyo texto corresponde al artículo 11 de la Ley 819 de 2003, que se incorporó a la norma orgánica), que autoriza la asunción de obligaciones que afecten el presupuesto de vigencias futuras sin apropiación en el año en que se concede la autorización. [...] conforme al criterio de la Sala expuesto en la precitada sentencia de 1o. de febrero de 2018, a la luz de las normas orgánicas del presupuesto de la Nación, vigentes a la fecha de expedición del acto acusado (08 de septiembre de 2008), sí es procedente que las entidades territoriales acuerden vigencias futuras excepcionales, en aplicación del principio de autonomía que permite adaptar tales normas en sus estatutos orgánicos del presupuesto en tanto que se ajusten a la organización, normas constitucionales y condiciones de las entidades territoriales, y como garantía del derecho de igualdad de aquellas frente a la Nación, como la planificación, la estructuración del presupuesto y la disciplina fiscal. Es así que, acorde con una interpretación sistemática de la normativa constitucional y legal que regula la materia, en particular, de los artículos 352 de la Constitución Política y 104 y 109 del Decreto 111 de 1996, contenido del Estatuto Orgánico del Presupuesto y por supuesto la Ley 819 de 2003, las entidades territoriales son competentes para ajustar las normas orgánicas del presupuesto nacional, por lo cual pueden acordar vigencias futuras excepcionales en sus respectivos ámbitos locales. Ahora bien, esta Sección precisó que las entidades territoriales pueden hacer uso también de las vigencias futuras excepcionales, cumpliendo en todo caso requisitos semejantes a los establecidos en el caso de la Nación en la Ley 819 de 2003, que adaptados a las condiciones de las entidades territoriales, se concretan en las siguientes: (i) las vigencias futuras excepcionales solo podrán ser autorizadas para los precisos asuntos señalados en las normas orgánicas del Presupuesto General de la Nación y de la respectiva entidad territorial, los que guardarán relación con proyectos estratégicos indicados expresamente en el Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo; (ii) la autorización de las vigencias debe provenir de la asamblea o concejo respectivo y contar con la aprobación previa del órgano de política fiscal del nivel territorial; (iii) el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5º de dicha ley; (iv) cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación; y (v) la autorización de las vigencias solo podrá otorgarse si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por dicha modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración no se excede la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial. Conforme a lo anterior, en este caso es necesario verificar que se hayan cumplido los requisitos antes mencionados por parte de la entidad territorial, para establecer la legalidad de los preceptos demandados. [...] [S]e encuentra que el acto acusado (Acuerdo No. 0241 de 2008), fue expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, el cual estaba facultado de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo 198 de 2006, por lo cual cumple con el requisito de que “la autorización de las vigencias debe provenir de la asamblea o concejo respectivo y contar con la aprobación previa del órgano de política fiscal del nivel territorial” [...] [E]l Acuerdo No. 0241, en el artículo 23 acusado, autoriza al Alcalde de Santiago de Cali para comprometer vigencias futuras excepcionales de la contribución de valorización correspondiente a las vigencias fiscales de los años 2009 a 2013, con el propósito de financiar la estructuración, el diseño, construcción, dotación e implementación del Plan de Obras de Interés General de dicho Acuerdo. Así las cosas, el Alcalde de Santiago de Cali, por autorización del Concejo, se encontraba facultado para comprometer vigencias futuras excepcionales respecto del cobro de valorización, a fin de financiar la construcción del Plan de Obras que integran la Política de Movilidad y de Espacio Público, previstas en el Acuerdo 069 de 2000 y en el Plan de Desarrollo 2008-2011 “Para vivir la vida dignamente” (Acuerdo 0237 de 2008), actividad que se encuentra prevista en el artículo 11 de la Ley 819 de 2003 (obras

de infraestructura), por lo que cumple con el requisito de que “las vigencias futuras excepcionales solo podrán ser autorizadas para los precisos asuntos señalados en las normas orgánicas del Presupuesto General de la Nación y de la respectiva entidad territorial, los que guardarán relación con proyectos estratégicos indicados expresamente en el Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo”. Respecto al requisito “cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación”, en principio, del texto de los artículos acusados y de los Acuerdos que se traen a colación en esta providencia, no se infiere que las obras de infraestructura que comprometen las vigencias futuras excepcionales de la contribución de valorización, conlleven esa inversión nacional. De ahí que, por lo mismo, no es del caso exigir el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación. En lo tocante al requisito “el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5° de dicha ley”, se advierte [...] que frente a este aspecto, si bien no obra en el expediente el documento expedido por el Alcalde en cumplimiento del artículo 5° de la Ley 819 de 2003, no lo es menos que en la contestación de la demanda se hizo énfasis en cuanto a que las obras de infraestructura del proyecto a financiar con vigencias futuras excepcionales hacen parte del Plan de Desarrollo contenido en el Acuerdo 0237 de 2008 “para vivir dignamente”; contó con la autorización del Confís y se consultaron las metas del Marco Fiscal de Mediano Plazo, argumentos estos que no fueron desvirtuados por la actora dentro del proceso. Finalmente, frente al requisito: “la autorización de las vigencias solo podrá otorgarse si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por dicha modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración no se excede la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial”, encuentra la Sala que en el transcurso del proceso la demandante en diferentes escritos allegados a esta Corporación aduce que las Megaobras adelantadas por el Municipio de Santiago de Cali exceden la capacidad de endeudamiento del municipio, aludiendo a situaciones posteriores a la expedición del acto acusado. A juicio de la Sala, los argumentos esbozados por la actora no son suficientes para establecer que “actualmente” dichas obras desbordaron la capacidad de endeudamiento del Municipio, pues ello no aparece probado en el proceso, razón por la cual la Sala per se no puede desechar el cumplimiento del requisito en mención. En consecuencia, conforme a lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida por el Tribunal de instancia y, en su lugar, denegará las pretensiones de la demanda, como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 9 de junio de 2022; C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 76001-23-31-000-2012-00496-02.](#)

4. No son nulos los autos por medio de los cuales se declara que no se podrá elaborar Diagnóstico Ambiental de Alternativas para el proyecto denominado “Río Sinú”, en la ubicación declarada por la EMPRESA URRRA S.A. E.S.P. - URRRA S.A. E.S.P.: sobre el río Sinú, 5 Kms aguas abajo de la confluencia de éste con el río Esmeralda y 30 Kms aguas arriba del sitio actual de presa de Urrá I (sobre el río Sinú en Angostura de Urrá a aproximadamente 45 kms aguas arriba de Tierralta) jurisdicción del municipio de Tierralta, al sur del departamento de Córdoba.

Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por la EMPRESA URRRA S.A. E.S.P. - URRRA S.A. E.S.P. contra la Nación - Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, para cuestionar la legalidad de los autos núm. 3472 de 27 de noviembre de 2008 y núm. 1681 de 8 de junio de 2009, expedidos por la profesional especializada, código 2028, grado 17. A título de restablecimiento del derecho formuló como pretensión, que se le ordene al citado ministerio permitirle presentar Diagnóstico

Ambiental de Alternativas para el Proyecto denominado "Río Sinú" y se le señale que el Proyecto "Río Sinú" Sí es viable.

SISTEMA NACIONAL DE PARQUES NATURALES / PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE / PROYECTO DE INFRAESTRUCTURA / PROYECTO HIDROELÉCTRICO / DIAGNÓSTICO AMBIENTAL / ACTO ADMINISTRATIVO DEFINITIVO / PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE / DEROGACIÓN TÁCITA DE LA NORMA / LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPROCEDENCIA DE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Problema jurídico 1: [D]eterminar si los actos administrativos acusados vulneraron los artículos 2 y 365 de la Constitución Política.

Tesis 1: Los actos administrativos acusados deciden frente a la petición de la parte actora de pronunciamiento sobre la necesidad de elaborar y presentar Diagnóstico Ambiental de Alternativas para el proyecto "Río Sinú", localizado según la descripción declarada por la demandante, cuya presa y embalse quedarían en jurisdicción del Parque Nacional Natural Paramillo, reservado y alinderado mediante el Acuerdo 24 de 1977, área que integra el Sistema de Parques Nacionales Naturales. [...] Así las cosas, la Sala advierte que la petición presentada por la parte demandante que conllevó a la expedición de los actos administrativos demandados, pretendía el pronunciamiento de la parte demandada sobre la necesidad de elaborar y presentar el Diagnóstico Ambiental de Alternativas para el proyecto denominado "Río Sinú", el cual estaría localizado en la jurisdicción del Parque Nacional Natural Paramillo que forma parte del Sistema de Parques Nacionales Naturales y que goza de una especial protección constitucional. En efecto, la Corte Constitucional en sus pronunciamientos sobre este sistema ha indicado que: i) es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica, como lo son, los denominados Parques Nacionales Naturales (artículo 79 C.P.); ii) el legislador puede regular medidas de protección para la conservación, restauración o sustitución de los recursos naturales, con la finalidad de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental que puedan causar daño a los ecosistemas de especial importancia ecológica (Artículo 80 C.P.); iii) tiene un valor excepcional y que se reserva en beneficio de los habitantes del territorio colombiano y de la humanidad; (iv) su protección especial constitucional se encuentra en los artículos 87, 6378, 7979 y 8080, tratados internacionales, en especial el Convenio sobre la diversidad biológica aprobado en la Ley 165 de 9 de noviembre de 1994; (v) por su régimen jurídico según las finalidades específicas de conservación y protección, las únicas actividades permitidas son conservación, investigación, educación, recreación pasiva, cultura, y recuperación y control; y, (vi) tienen el carácter de inembargables, imprescriptibles e inalienables. En ese orden de ideas, el Auto 3472 de 2008 en sus considerandos, al citar textualmente el concepto técnico emitido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (No. 2113 de 20 de noviembre de 2008), que se basó en el concepto previo expedido por la Dirección General de Parques Nacionales Naturales de Colombia (No. 4120-E1-102028 de 5 de septiembre de 2008), refiere a los aspectos técnicos que sustentan una inviabilidad jurídica de adelantar proyectos de infraestructura en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, en razón a que, para el caso concreto, el párrafo del artículo segundo del Acuerdo 24 de 1977 que excluyó del régimen de Parque Nacional Natural Paramillo, en particular de las prohibiciones establecidas en dicho artículo, las áreas que vayan a ser inundadas por los embalses previstos para el desarrollo eléctrico del Río Sinú, junto con las zonas de construcción que sean necesarias para tal fin, disposición anterior a la Constitución de 1991, es manifiestamente incompatible con el artículo 63 ibidem, cuyo alcance, significado e importancia, en concordancia con otras disposiciones constitucionales, en relación con el Sistema de Parques Nacionales Naturales, ha venido definiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuyas sentencias han sido citadas y transcritos literalmente algunos de sus textos en apartes anteriores de esta providencia. Esta motivación permite observar que el acto acusado para fundamentar la decisión expone normativa y jurisprudencialmente la especial condición y características que la Constitución de 1991 le confirió a los parques naturales nacionales y al sistema del cual forman parte, como áreas excepcionales para la humanidad y de especial importancia ecológica frente a un requerimiento que pretende que se defina si se requiere o no de un estudio ambiental (DAA), para ejecutar un proyecto hidroeléctrico en zonas del Parque Nacional Natural Paramillo, el cual se sustenta en una norma expedida con anterioridad a la Constitución Política y que es abiertamente contraria a los nuevas previsiones constitucionales expuestas en párrafos previos. [...] Corolario de lo anterior, para la Sala los actos administrativos enjuiciados no infringieron los artículos 2 y 365 constitucionales, en razón a que, frente al equilibrio entre la conservación del ambiente y el desarrollo y bienestar social y económico que se lograría con el proyecto "Río Sinú" y las ventajas y beneficios que se lograrían con el mismo, éstos se ajustaron al ordenamiento jurídico como a la jurisprudencia aplicable al caso, teniendo en cuenta que se pretendía ejecutar el proyecto "Río Sinú" en la jurisdicción del Parque Nacional Natural Paramillo que forma parte del Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia, área que ostenta las características especiales y excepcionales indicadas en precedencia, en contravía de los nuevos postulados fundamentales en materia ambiental, en particular de

los artículos 63, 79 y 80 de la Constitución, por lo que tanto la decisión contenida en los mismos y su motivación se expidieron conforme a derecho.

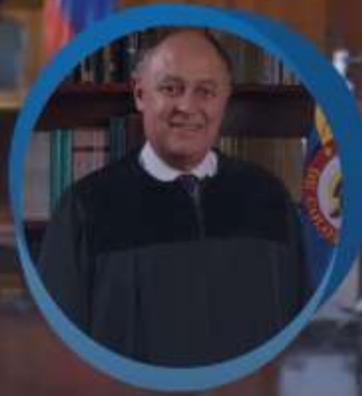
SISTEMA NACIONAL DE PARQUES NATURALES / EMBALSE / PROYECTO HIDROELÉCTRICO / BIEN INALIENABLE / PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD / BIEN INEMBARGABLE / INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE DEL ACTO ADMINISTRATIVO / DEROGACIÓN TÁCITA DE LA NORMA / INEXISTENCIA DE LA FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 2: [D]eterminar si los actos administrativos acusados fueron falsamente motivados al aplicar la figura de la inconstitucionalidad sobreviniente y determinar la pérdida de vigencia y no aplicación del párrafo del artículo 2 del Acuerdo 24 de 2 de mayo de 1977, aprobado mediante la Resolución 163 del mismo año.

Tesis 1: Para la Sala el párrafo del artículo segundo del Acuerdo 24 de 1977, norma preconstitucional, es manifiestamente contraria al artículo 63 de la Constitución, y por tanto, debe entenderse derogada tácitamente, desapareció del mundo jurídico, sin que requiera de pronunciamiento judicial alguno, lo cual se explica seguidamente. El Acuerdo 24 de 1977 en su artículo primero estableció que “[...] Con el objeto de conservar la flora, la fauna, las bellezas escénicas naturales, complejos geomorfológicos, manifestaciones históricas o culturales, con fines científicos, educativos, recreativos o estéticos, delimitase y reservase un área de CUATROCIENTAS SESENTA MIL (460.000) hectáreas de superficie aproximada, que se denominará Parque Nacional Natural PARAMILLO, ubicado en [...]”. El párrafo del artículo segundo del acuerdo anotado supra, determinó que quedaban exentas del régimen de parque nacional natural y en particular de las prohibiciones contenidas en dicho artículo, las áreas que serían inundadas por los embalses previstos para el desarrollo hidroeléctrico del Río Sinú. [...] Así las cosas, el párrafo del artículo segundo del Acuerdo 24 de 1977, disposición preconstitucional, mediante el cual se sustrae del régimen de parque nacional natural, y en particular de las prohibiciones indicadas en el artículo citado supra, las áreas del Parque Nacional Natural Paramillo que vayan a ser inundadas por los embalses para el desarrollo hidroeléctrico del Río Sinú, cambiando a su vez su destinación, es manifiestamente contrario al nuevo imperativo constitucional de los parques naturales, previsto en el artículos 63 de la Carta Política de 1991, en armonía con los artículos 79 y 80 ibidem, el cual ha sido expuesto en los considerandos precedentes; por consiguiente, el párrafo del artículo segundo del Acuerdo 24 de 1977 quedó derogado tácitamente. En tal medida, no se logró acreditar la configuración de la causal de falsa motivación alegada, debido a que la fundamentación de la derogatoria tácita por inconstitucionalidad sobreviniente del párrafo del artículo segundo del Acuerdo 24 de 1977 de los actos enjuiciados, es cierta, correcta y verdadera.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 9 de junio de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-24-000-2010-00049-00.](#)

4
SECCIÓN
SEGUNDA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. El artículo 20 del Decreto Reglamentario 4469 de 2006, no vulneró el derecho a la igualdad al regular el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, dominicales y festivos, exclusivamente en relación con los servidores que desempeñan funciones médico legales forenses en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, toda vez que, el mismo derecho se encuentra consagrado para los empleados de apoyo o administrativos, en los Decretos 1942 de 1979 y 1083 de 2015 y en Resoluciones internas de la entidad.

Síntesis del caso : Se considera que el artículo 20 del Decreto Reglamentario 4669 de 2006 vulneró el derecho a la igualdad de los empleados del INMLCF que desempeñan funciones administrativas o de apoyo, ya que los preceptos reglamentarios acusados permiten reconocer y pagar el trabajo realizado en horas extras, dominicales y festivos, únicamente a los empleados del Instituto que atiendan urgencias medicolegales, forenses o misionales, dejando de lado a quienes ejecutan labores administrativas o de apoyo.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / DISCRIMINACIÓN LABORAL / DERECHO A LA IGUALDAD / ÁREA MISIONAL / INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL / RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS / RECONOCIMIENTO DE HORAS EXTRAS DOMINICALES / HORAS EXTRAS DOMINICALES

Problema jurídico : ¿El artículo 20 del Decreto Reglamentario 4669 de 2006, al señalar que en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF), el reconocimiento y pago del trabajo realizado en horas extras, dominicales y festivos, únicamente procede respecto de los empleados que atiendan urgencias medicolegales y/o forenses, vulneran, el derecho a la igualdad a los empleados del Instituto que desempeñan funciones administrativas o de apoyo, que eventualmente desarrollen sus tareas en jornadas adicionales a la jornada ordinaria, así como en dominicales y festivos?

Tesis: [E]l hecho de que el artículo 20 del Decreto Reglamentario 4669 de 2006, por el cual se establece el régimen de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos del INMLCF, condicione de forma específica -o establezca como política general de la entidad del reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y festivos, a que el empleado pertenezca al Nivel Profesional, Técnico y/o Asistencial y que ejerza funciones médico legales y forenses, no implica que los demás funcionarios de este establecimiento público, como por ejemplo, los que desarrollan tareas administrativas o de apoyo, no tengan derecho al eventual reconocimiento y pago de esos conceptos, cuando a ello hubiere lugar, por las siguientes dos razones que a continuación se explican: En primer lugar, porque - tal como lo adujeron el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el DAFP, el INMLCF y el Ministerio Público -, en los hipotéticos eventos en que ello ocurra, es decir, cuando por estrictas necesidades del servicio, los servidores del INMLCF que desarrollan funciones administrativas o de apoyo, laboren por fuera de la jornada establecida, o durante dominicales y festivos, siempre que exista expresa autorización del nominador basada en las necesidades del servicio, el pago de dichos emolumentos se realizará conforme a las reglas establecidas en el Decreto Ley 1042 de 1978 y en el Decreto 1083 de 2015, que se aplican para la generalidad de los servidores públicos, incluyendo a los empleados del INMLCF destinados a tareas administrativas o de apoyo. Y en segundo término, porque - como bien lo mencionó el INMLCF - el vacío normativo advertido por el señor demandante en el artículo 20 del Decreto Reglamentario 4669 de 2006, fue colmado por las Resoluciones 00451 y 488 de 2019, expedidas por el mismo INMLCF para establecer el horario de trabajo en la entidad, en las que se establece,

que en aplicación del Decreto Ley 1042 de 197870 y del Decreto 1083 de 2015, cuando por estrictas necesidades del servicio, quienes desarrollen funciones administrativas laboren por fuera de la jornada establecida, se tomará como tiempo extra y será compensado con tiempo de descanso.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de 12 de mayo de 2022, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad 11001-03-25-000-2016-00482-00 \(2215-2016\)](#)

2. Se decreta la medida cautelar de suspensión provisional del inciso 2º del literal c) del artículo 1.6.5 de la Circular 01 de 2012, proferida por Colpensiones, por reproducir un acto administrativo declarado nulo por la jurisdicción contenciosa.

Síntesis del caso: Se solicitó la suspensión y anulación de la Circular 01 de 2012, expedida por Colpensiones, al encontrar que el inciso 2º del literal c) del citado acto administrativo reprodujo ilegalmente el inciso 2º del numeral 4º de la Circular 521 de 2002, proferida por el I.S.S; acto administrativo anulado mediante sentencia de 1º de agosto de 2013, por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado.

MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / REPRODUCCIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO ANULADO / RETROACTIVO DE LA PENSIÓN

Problema jurídico: ¿Procede decretar la medida cautelar de suspensión provisional del inciso 2º del literal c) del artículo 1.6.5 de la Circular 01 de 2012, que regula los requisitos para el pago del retroactivo pensional, por estimarse que dicha decisión reprodujo ilegalmente el inciso 2º, numeral 4º de la Circulares 521 de 2002 y Circular 2643 de 2006, actos administrativos anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo?

Tesis: [L]a reproducción de acto suspendido o declarado nulo ocurre cuando el texto del nuevo acto es idéntico al anterior o, cuando no siendo así, las disposiciones contenidas en él reproducen sus efectos jurídicos a pesar de haber sido proscritos del ordenamiento jurídico mediante sentencia o auto ejecutoriado(...). Las disposiciones normativas (...) establecen un procedimiento expedito para resolver la solicitud de suspensión y nulidad por reproducción, con el fin de que el acto que fue suspendido o declarado nulo no siga produciendo efectos jurídicos. (...) [E]l juez debe limitarse a constatar si el acto administrativo cuya suspensión es solicitada reprodujo en su esencia un acto previamente suspendido o declarado nulo. Tal verificación no se restringe a Página 1 de 2 que el enunciado normativo haya sido reproducido textualmente, sino que debe estudiarse si el contenido normativo de ambos actos les haría producir los mismos efectos jurídicos. En el evento en que el juez constate que el acto administrativo acusado no reproduce al suspendido o anulado, negará la solicitud. Sin embargo, en caso de considerar que hay una reproducción deberá continuar con el análisis de los fundamentos legales actuales. (...) [D]el análisis integral de la presente solicitud, se observa que el Instituto de Seguros Sociales mediante Circular 2643 de 2006 dejó sin efectos el inciso segundo del numeral 4 de la Circular 521 de 2002. Sobre ello, se precisa que la Sección Segunda (...) mediante sentencia de 1 agosto de 2013 proferida dentro del radicado 11001-03-25-000-2009-00090-00 (1211-09) declaró la nulidad de los referidos actos administrativos, razón por la que el análisis versara sobre tal punto de derecho. (...) [E]l Despacho advierte que de la confrontación entre el acto administrativo acusado y los reproducidos ilegalmente, se infiere que, a prima facie, existe una probable reproducción ilegal del acto administrativo anulado, toda vez que, el inciso 2º del artículo 4 de la Circular 01 de 2012, al igual que lo establecía la Circular 2643 de 2006, dispone que para el pago del retroactivo pensional será exigible solamente el retiro del sistema con relación al último empleador, pero estableció una excepción, esto es, que se debe probar el retiro laboral con todos los empleadores cuando la vinculación con éstos sucedió en los cuatro años anteriores a la fecha del "reporte de la novedad de retiro del último empleador". Dicha excepción supone, tal y como lo establece la sentencia de 1º de agosto de 2013, que aunque el último empleador sí haya reportado la novedad de retiro, se exige

que se prueben los retiros laborales no reportados dentro de los cuatro años anteriores, para que el pago de la mesada no se genere a corte de nómina, lo cual configura un exceso porque los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, solamente exigen la desafiliación del sistema o retiro para que se pueda disfrutar de la pensión. Así las cosas, la Sala decretará la suspensión provisional inmediata de los efectos jurídicos del inciso 2º del artículo 4 de la Circular 01 de 2012 y, en consecuencia, se ordenará correr traslado por el término de diez (5) días a la Administradora Colombiana de Pensiones, para que se pronuncie al respecto.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, auto de 3 de marzo de 2022, C.P César Palomino Cortés, rad 11001032500020150048500 \(1265-2015\)](#)

3. Procede la reliquidación pensional sobre nuevos factores reconocidos como consecuencia de la homologación salarial efectuada con posterioridad al retiro del servicio, que se encuentren dentro el lapso que determinó el ingreso base de liquidación.

Síntesis del caso: La Gobernación de Córdoba reconoce a un servidor pensionado el pago de un retroactivo con fundamento en una nivelación salarial en que incluye nuevos factores salariales, que comprende el período considerado para determinar el ingreso base de liquidación. Por lo anterior el pensionado solicita la reliquidación pensional la cual es negada por la administración.

RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / NIVELACIÓN SALARIAL / INCLUSIÓN DEL FACTOR SALARIAL

Problema jurídico: ¿Al beneficiario del régimen de transición le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, incluyendo el valor de los nuevos los factores que le fueron reconocidos como consecuencia de una homologación salarial con posterioridad al retiro del servicio, y que comprende el período sobre el cual se determinó el ingreso base de liquidación?

Tesis : [E]n el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliadas al entrar en vigor aquella, por lo que se someten al mandato contenido en tal norma o en el artículo 21 ib, según corresponda, tal como lo hizo la extinguida Cajanal en el presente caso; lo que además guarda relación con el artículo 48 superior, en cuanto dispone que «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones [...]». No obstante, la UGPP insiste en su negativa frente a la petición de calcular la pensión de jubilación del demandante sobre los nuevos valores de los factores que sirvieron de base para los aportes, como consecuencia de la homologación salarial de la cual fue objeto con posterioridad a su retiro del servicio, pese a que el período de nivelación (octubre de 1997 a septiembre de 2001) se encuentra dentro del lapso que constituye el ingreso base para liquidar esa prestación (1º de abril de 1994 a 17 de septiembre de 2001); además, conforme a certificado de salarios mes a mes de la gobernación de Córdoba, «FORMATO No. 3(B)», el accionante cotizó de abril de 1994 a septiembre de 2001 sobre la asignación básica, la bonificación por servicios prestados, el sobresueldo y la prima técnica (no incluida al momento del reajuste pensional por finalización del vínculo laboral), por lo que la Sala no halla imprecisión en la orden de reliquidación dictada por el a quo. Agregase a lo anterior que el reconocimiento de la pensión de jubilación no es un derecho consolidado de la administradora de pensiones, sino del jubilado, quien, además, puede solicitar en cualquier tiempo su reliquidación al tratarse de una prestación periódica. Por tal razón, en el caso sub examine una vez finalizó la homologación y nivelación salarial y se realizaron los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, en los términos de la normativa aplicable, el actor tenía la posibilidad de solicitar el reajuste de la mencionada prestación, con ocasión del incremento del valor de los factores salariales que fueron liquidados por Cajanal al momento de otorgarle su pensión.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 1 de julio de 2022, C.P Carmelo Perdomo Cuéter, rad 230012333 00020130034502 \(2012-2021\)](#)

4. Auto proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que declaró no probada la excepción de inepta demanda por falta de requisitos formales, fue confirmado en aras de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia y las condiciones de vulnerabilidad de la demandante.

Síntesis del caso: La entidad demandada, a través de apoderado, interpuso recurso de apelación por considerar que: i) La Resolución RDP 038810 del 11 de octubre de 2017, en su numeral «quinto», no en el segundo como lo afirmó el tribunal, precisó que contra el acto administrativo procedían, en caso de inconformidad, los recursos de reposición y/o apelación ante el subdirector de determinación de derechos pensionales. Es decir, que la entidad atendió el deber legal de indicar con precisión y claridad los recursos precedentes y el funcionario ante quien debían interponerse. ii) La señora (...) no agotó el procedimiento legal antes de acudir a la jurisdicción contenciosa, pues omitió interponer los recursos que son obligatorios de conformidad con el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, por lo que la demanda debe ser rechazada.

FALTA DE REQUISITOS DE LA DEMANDA / PENSIÓN DE INVALIDEZ / SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ / AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA / PROTECCIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Problema jurídico: ¿La demandante debía interponer el recurso de apelación contra la Resolución RDP 038810 del 11 de octubre de 2017, para poder acudir a la jurisdicción, y en caso afirmativo, si se hace exigible para el presente asunto, a fin de determinar si se debe revocar o confirmar el auto del 21 de julio de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda?

Tesis: «[...] El artículo 161 del CPACA estableció los requisitos que deben cumplirse para la presentación de la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De manera específica, sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho preceptuó: Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: [...] 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos precedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral. [...] la interposición del recurso de apelación constituye i) una garantía de los derechos de defensa y debido proceso de los ciudadanos frente al comportamiento de la administración, porque permite debatir sus decisiones, ii) una oportunidad para que la administración reevalúe sus actos y corrija los errores contenidos en estos y, iii) un presupuesto procesal para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho. [...] [E]l artículo 74 del CPACA establece los recursos que proceden contra los actos administrativos, entre los que incluyó los de reposición y apelación, y el de queja cuando se rechace este último. [...] La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social manifestó en la contestación, que la señora (...) no presentó los recursos que por ley son obligatorios para demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pese a que en la Resolución (...) se señaló con toda precisión cuales procedían y ante quien podía presentarlos. [...] El despacho observa del material probatorio aportado por la demandante, que en Oficio (...) expedido por Protección S.A., se indicó que mediante dictamen (...) emitido por la Comisión Laboral de esa entidad, a través del Centro para los Trabajadores de Suratep, determinó una disminución de la capacidad laboral del 75.05 % respecto de la señora [...] Por ello, pese a que en estricto sentido la demandante debió cumplir con la exigencia prevista en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo, relacionada con la presentación de los recursos procedentes contra el acto administrativo que hoy se acusa, lo cierto es que en aras de garantizar el efectivo acceso a la administración de justicia y teniendo en cuenta las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentra la señora (...) y que lo reclamado es un derecho pensional, el despacho considera que, en esta oportunidad, no debe aplicarse con rigurosidad la norma procesal contemplada en el numeral 2 del artículo 161 del CPACA; en consecuencia, confirmará la decisión recurrida y ordenará la devolución del expediente al tribunal de origen para que continúe con el trámite correspondiente. [...]

[Consejo de Estado, de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Auto de 20 de enero de 2022, C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 66001-23-33-000- 2019-00173-01\(2539-2021\)](#)

5. Con ocasión del contrato de prestación de servicios y para el reconocimiento de la relación laboral encubierta o subyacente es indispensable probar el elemento de la subordinación.

Síntesis del caso: *El demandante argumentó que durante el periodo en que prestó sus servicios como apoyó a la gestión de la Subdirección de Gestión Documental, en condición de líder de control de calidad dentro del proyecto de intervención documental y participó activamente en el acompañamiento y orientación de los procesos que requirieran el recibo, organización, digitalización, indexación, verificación y control de calidad del volumen documental inherente a la operación de la UGPP, las funciones asignadas fueron desarrolladas bajo la subordinación de la directora del área de desarrollo y organización de la entidad y los coordinadores que lo requirieran, cumpliendo turnos que excedieron la jornada laboral de 8 horas cuyo registro y control lo ejerció la empresa de seguridad Cyza.*

INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL ENCUBIERTA O SUBYACENTE / CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO GESTIÓN DOCUMENTAL DE LA UGPP / NO ACREDITÓ SUBORDINACIÓN.

Problema jurídico 1: «¿Entre el señor (...) y la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales se presentó una relación laboral, encubierta a través de contratos de prestación de servicios? »

Tesis 1: «[...] Contrario a lo considerado por el Tribunal, en criterio de esta Sala de subsección, una vez valoradas las declaraciones testimoniales a la luz de la sana crítica, y en conjunto con las pruebas documentales aportadas, se concluye que no otorgan certeza sobre la existencia de subordinación o falta de autonomía del señor (...) en la ejecución de sus actividades contractuales, puntualmente en la i) imposición de un horario para la realización de las actividades contratadas, ii) la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, esto es, su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que este ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual, iii) la inherencia de las funciones como parte esencial para el cumplimiento misional de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social en el reconocimiento pensional, ni que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, con fundamento en las siguientes razones: Los objetos de los contratos suscritos por el demandante consistían en prestar apoyo operativo a la entidad demandada para el recibo, organización, digitalización, control de calidad e indexación documental de expedientes pensionales, así como el apoyo a la Subdirección de Gestión Documental como líder de control calidad dentro del proyecto de intervención documental, las cuales son actividades de apoyo a la gestión, claramente relacionadas con funciones operativas y logísticas, que no hacen parte del giro ordinario de la actividad encomendada a la entidad demandada consistente en «el reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales [...] Estas actividades o tareas que desarrollar no eran misionales de la entidad, sino de apoyo operativo y de apoyo a la gestión en procesos de digitalización y custodia documental dentro del Plan de alistamiento de las entidades a recepcionar, como se desprende de los estudios previos allegados al proceso. Dichas actividades de

apoyo a la gestión se caracterizan por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con la contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades (...) por lo tanto, en criterio de la Sala de Decisión las pruebas aportadas no resultan suficientes para demostrar que la imposición de un horario para desarrollar las actividades, y las directrices dadas por el supervisor o coordinador del contrato, constituyan subordinación laboral, pues son instrucciones que se enmarcan dentro de los parámetros básicos y generales que resultan indispensables para el buen funcionamiento de la entidad y la correcta prestación del servicio. No existe total claridad frente al cumplimiento de un horario presuntamente establecido por la entidad demandada, puesto que si bien con la demanda se aportaron lo «cuadros de turnos» que constan de siete columnas en las que se incluye la siguiente información: «radicado, PDF, indexador, turno, observaciones y bandeja», lo cierto es que no existe certeza sobre la procedencia de la información ahí consignada, quién la certificó y mucho menos a qué se refiere con los radicados y turnos, esto es, si correspondían a una jornada laboral, en todo caso, estos no son indicativos de una subordinación sino de la coordinación inherente entre contratante y contratista para el cumplimiento de sus actividades. Adicionalmente, si bien los testigos manifiestan el cumplimiento de un horario, una vez analizados a la luz de la sana crítica y de cara a las pruebas documentales aportadas, se evidencia que no existe respaldo documental de tales afirmaciones, por cuanto los «cuadros de turnos» no demuestran la «imposición» de un horario por parte del jefe de la entidad, sino la mera coordinación de unos tiempos en los que se prestaría el servicio contratado. Ahora bien, en cuanto a los correos electrónicos seleccionados por el demandante, se evidencia que la mayoría de ellos no están relacionados con el elemento de subordinación que se pretende probar, sino que se refieren a asuntos propios del desarrollo contractual, por ejemplo: el recordatorio de la supervisora del contrato de cumplir con el objeto contractual. En ese sentido, excepcionalmente se advirtieron correos electrónicos que podrían constituirse en un indicio para la configuración de la relación laboral, como una excusa del demandante en la que informó la imposibilidad de asistir a la entidad por una calamidad doméstica fechada el 1 de noviembre de 2013 y la aprobación por parte de la Dirección de Soporte y Apoyo Organizacional de la UGPP del 10 de abril de 2014 en la que indicó que se lo concederían los días 12 y 19 de abril de 2014 como «compensatorios». [...] En punto a la demostración de la subordinación debe recordarse que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no toda relación de servicios implica necesariamente la existencia de este elemento, ya que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, donde el segundo es libre de someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como: a) un horario; b) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores; y, c) tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. [...] De otra parte, para la Sala, el hecho de que la entidad proveyera al demandante de equipos para el desarrollo de sus actividades y le ofreciera capacitaciones, no es suficiente para demostrar una subordinación, sino que la UGPP le facilitó los elementos materiales y académicos al contratista para el cumplimiento del objeto contractual [...] a diferencia de lo considerado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para esta Sala, el acervo probatorio obrante en la actuación no es concluyente en relación con la configuración del elemento de subordinación, toda vez que (i) los testimonios practicados no ofrecieron la credibilidad suficiente previa valoración de los hechos por ellos manifestados a la luz de las pruebas documentales aportadas, (ii) de los documentos no emergen de forma clara y certera las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron desarrolladas las actividades del demandante en cumplimiento de los contratos celebrados con la UGPP, (iii) no se demostró que al demandante se le impartieran órdenes o se le asignara un horario, siendo imposible develar que existió una posible subordinación, y (iv) las actividades o tareas a desarrollar no eran misionales de la entidad, sino de apoyo operativo y de apoyo a la gestión dentro del plan de alistamiento de las entidades a recepcionar, por consiguiente, la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar se negarán las pretensiones del medio de control.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 09 de junio de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 25000-23-42-000-2018-03919-01\(4008-2018\)](#)

5
SECCIÓN
TERCERA



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. No basta con probar omisiones y fallas de la administración, también es necesario probar que estas incidieron causalmente en el daño.

Síntesis del caso: El 4 de diciembre de 2003, ocurrió un deslizamiento de tierra en el municipio de Manizales que ocasionó la muerte de varias personas y la destrucción de múltiples viviendas. Manifiestan los demandantes que previo al desastre habían advertido a las autoridades municipales de las señales de inestabilidad de la ladera, la cual habría comenzado cuando se autorizó la construcción de conjuntos residenciales en la corona de la ladera.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR OMISIÓN ADMINISTRATIVA / DESLIZAMIENTO DE TIERRA / INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL NEXO DE CAUSALIDAD

Problema jurídico: ¿Se probó que las actuaciones y omisiones atribuidas a las entidades demandadas incidieron causalmente en el daño?

Tesis: “Los demandantes sostuvieron que el deslizamiento del 4 de diciembre de 2003 fue producido por las acciones y omisiones del Municipio de Manizales y Corpocaldas. La parte actora se concentró en probar las “omisiones” o “fallas” en las que habrían incurrido. La parte demandante aportó múltiples comunicaciones intercambiadas entre los vecinos de la zona y las entidades demandadas en las que los primeros advertían sobre aparentes problemas de estabilidad en la ladera. Sin embargo, no probó que las actuaciones y omisiones atribuidas a las entidades demandadas hubieran incidido causalmente en el daño cuya reparación se pretende. Durante el proceso se propusieron múltiples hipótesis sobre las causas del deslizamiento, pero no se demostró cuál o cuáles de ellas determinaron la ocurrencia del accidente. Así mismo, los indicios que pueden derivarse de los medios de prueba apuntan a distintas causas del deslizamiento, por lo que no son convergentes, y no permiten estructurar la responsabilidad de las entidades demandadas.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 17001-23-31-000-2005-02242-00\(45535\).](#)

Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

INFORME TÉCNICO / VALOR PROBATORIO DEL INFORME TÉCNICO / DICTAMEN PERICIAL / VALORACIÓN DE LA PRUEBA / PRUEBA DOCUMENTAL / LIBERTAD PROBATORIA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA / TESTIMONIO TÉCNICO

Tesis: “No comparto la decisión adoptada en Sala, porque considero que no se efectuó una adecuada valoración probatoria, lo que influyó, directamente en el resultado del proceso. La Sentencia da a los informes técnicos aportados por las partes el alcance de dictámenes periciales, afirmación con la que no estoy de acuerdo, porque, el hecho de que el artículo 233 del CPC haya definido en qué casos es procedente la peritación, no implica que con ello haya establecido una tarifa probatoria y, mucho menos, que haya determinado que cualquier documento elaborado por un profesional o experto en determinada materia adquiera por ese solo hecho el carácter de prueba pericial. Contrario a lo afirmado en la Sentencia, los informes presentados por las partes no eran dictámenes periciales, no cumplían sus requisitos y tampoco podían apreciarse por el juez con tales exigencias. Se trató de pruebas documentales que, como tales, debieron valorarse, de acuerdo con el contenido del artículo 175 del CPC. [...] Disiento también de que se valore, únicamente, el estudio técnico que dijo ser estudio final; desde mi punto de vista esto vulnera la libertad probatoria de las partes. Al no otorgar el valor que, en derecho, corresponde a esos documentos, se dejaron de apreciar pruebas importantes para la decisión, las cuáles daban cuenta del incumplimiento de obligaciones por parte de las entidades demandadas que influyeron para la causación del daño. Tampoco estoy de acuerdo con la forma en que se valoraron los testimonios técnicos porque, mencionó

que estos solo podían dar cuenta de su percepción de los hechos pero que los conceptos se restringían para los dictámenes periciales, lo cual no es cierto porque, precisamente, se trata de un tipo de testigos que pueden basarse en sus conocimientos para conceptuar sobre la materia del asunto cuando tales conocimientos permitan aclarar sus percepciones, como lo era en este caso.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2022, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 17001-23-31-000-2005-02242-00\(45535\).](#)

2. El desconocimiento del deber de información previsto en el artículo 15 del Estatuto Arbitral, cuando ocurre después de la audiencia de instalación del tribunal, no constituye motivo legal de anulación.

Síntesis del caso: *En el marco de un contrato de obra se presentó demanda arbitral para que se declarara el incumplimiento del contrato y se restableciera el equilibrio económico y financiero. La controversia fue decidida por un tribunal arbitral que declaró probadas las excepciones de mérito propuestas y negó las pretensiones de la demanda. El consorcio convocante interpuso recurso extraordinario de anulación por cuanto, entre otras razones, posterior a la instalación del tribunal, los árbitros intervinieron en procesos y actividades relacionados con la entidad estatal convocada o sus apoderados, sin informar de ello a las partes del proceso arbitral que se adelantaba.*

CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / PROCESO ARBITRAL / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / FUNCIONES DEL ÁRBITRO / FACULTADES DEL ÁRBITRO / CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE / DEBERES DEL ÁRBITRO/ DEBER DE INFORMAR / ESTATUTO DE ARBITRAJE / RESPONSABILIDAD DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Problema jurídico: *¿El desconocimiento del deber de información previsto en el artículo 15 del Estatuto Arbitral, cuando ocurre después de la audiencia de instalación del tribunal, constituye motivo legal de anulación en los términos del numeral 3 del artículo 41 la Ley 1563 de 2012?*

Tesis: “[E]l desconocimiento del deber de información previsto en el artículo 15 del Estatuto Arbitral, cuando ocurre de manera posterior a la audiencia de instalación del tribunal, puede acarrear eventualmente consecuencias disciplinarias o de otra índole para el árbitro o el secretario y esa sola circunstancia genera una causal de recusación en contra de estos; sin embargo, ese hecho no constituye motivo legal de anulación en los términos del numeral 3 del artículo 41 la Ley 1563 de 2012. De aceptarse la hermenéutica contraria se sacrificaría la seguridad jurídica porque las partes podrían atacar el laudo arbitral dependiendo de si el resultado es favorable o no a sus intereses, para lo cual se abstendrían de formular recusaciones contra los árbitros o el secretario para plantear esos hechos como fundamento de la anulación lo cual generaría una distorsión injustificable en el recurso extraordinario, así como un desgaste innecesario de la administración de justicia.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de mayo de 2022, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-26-000-2021-00055-00 \(66723\).](#)

Aclaración de voto del consejero Martín Bermúdez Muñoz

ACLARACIÓN DE VOTO / APLICACIÓN DE LA NORMA / DESCONOCIMIENTO DE LA NORMA / DEBER DE INFORMAR / INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO

ARBITRAL / CONTENIDO DE LA NORMA / EXPEDICIÓN DE LA NORMA / ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL (LEY 1563 DE 2012)

Tesis: "Advierto que la Sala acogió parcialmente la posición adoptada en el expediente 65738. En esa ocasión indicamos que la violación del deber de información puede generar consecuencias disciplinarias para el árbitro o el secretario que lo incumpla, pero no es una causal de anulación de los laudos arbitrales. [...] A pesar de lo anterior, aclaro que esas consideraciones también son aplicables cuando el desconocimiento del deber de información ocurre antes de la audiencia de instalación del tribunal. Para que esta circunstancia acarree como consecuencia la anulación del laudo arbitral, es necesario que exista una disposición que expresamente lo disponga. Y tal norma no fue incluida en el estatuto arbitral."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 4 de mayo de 2022, C. P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-26-000-2021-00055-00 \(66723\).](#)

3. Las lesiones padecidas por quienes se vinculan de manera voluntaria al Ejército Nacional no dan lugar a que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado, salvo en los casos en los que se estructura una falla en el servicio.

Síntesis del caso: "La parte actora pretende que se le indemnicen los perjuicios causados como consecuencia de las lesiones padecidas por el señor (...), en su condición de soldado profesional y en el marco de una operación militar desarrollada el 23 de julio de 2009 en la zona rural del municipio de Florida (V), en el momento en el que uno de sus compañeros pisó un artefacto explosivo instalado por grupos al margen de la ley, hecho que, según la demanda, ocurrió porque el comandante del pelotón "ordenó de manera irresponsable cambiar la ruta que había trazado con anterioridad el grupo de explosivos - EXDE"."

PRUEBA TRASLADADA / PRUEBA TRASLADADA DE PROCESO PENAL / PRUEBA TRASLADADA SOLICITADA POR AMBAS PARTES / VALIDEZ DE LA PRUEBA TRASLADADA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA TRASLADADA / PROCEDENCIA DE LA PRUEBA TRASLADADA / LESIONES AL SOLDADO PROFESIONAL / SOLDADO PROFESIONAL / INVESTIGACIÓN PENAL / PROCESO PENAL / LESIONES FÍSICAS / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Problema jurídico 1: ¿Debe otorgarse valor probatorio a las pruebas trasladadas cuando son solicitadas por ambas partes, como en el caso concreto?

Tesis 1: "En el presente caso, la parte demandante solicitó a la Fiscalía (...) Especializada (...) el traslado de la investigación penal iniciada por los hechos en los que resultó lesionado el soldado (...) petición que fue respaldada por la entidad demandada (...) Los anteriores elementos de convicción serán apreciados en su integridad, toda vez que además de que su traslado fue solicitado por ambas partes, conviene aclarar que en este asunto tuvieron la oportunidad de impugnar y cuestionar tales pruebas, sin que formularan ninguna objeción sobre el particular."

DOCUMENTO / VALIDEZ DEL DOCUMENTO / VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO / EJÉRCITO NACIONAL / PROCESO ORDINARIO DE SEGUNDA INSTANCIA / SOLDADO PROFESIONAL / LESIONES AL SOLDADO PROFESIONAL / INFORME ADMINISTRATIVO DE LESIONES / INFORME ADMINISTRATIVO DE LESIONES AL SOLDADO / INVESTIGACIÓN PENAL / PROCESO PENAL / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA / ALEGATOS DE CONCLUSIÓN / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / LESIONES FÍSICAS / CONFLICTO ARMADO

/ CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / ZONA DE CONFLICTO ARMADO / PRINCIPIO DE FLEXIBILIZACIÓN DE LA PRUEBA

Problema jurídico 2: ¿Debe otorgarse valor probatorio a los documentos que aporte la parte interesada en aplicación al principio de flexibilización de la prueba cuando se observe que puede estar comprometida la responsabilidad del Estado, como consecuencia de alguna violación a los derechos humanos, como sucede en el asunto bajo estudio?

Tesis 2: "En el trámite de segunda instancia fueron remitidos por el Ejército Nacional el informe administrativo por lesiones y por la Fiscalía General de la Nación la investigación penal, las cuales fueron tenidas en cuenta como pruebas, por cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 214 del C.C.A., así mismo los documentos aportados por la parte actora en los alegatos de conclusión, en aplicación de lo dispuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre la flexibilización de la prueba cuando podía estar comprometida la responsabilidad del Estado, como consecuencia de alguna violación a los derechos humanos. De estas pruebas se corrió traslado a las partes, sin que hicieran pronunciamiento alguno."

SOLDADO PROFESIONAL / LESIONES AL SOLDADO PROFESIONAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL / RESPONSABILIDAD A FORFAIT / INDEMNIZACIÓN A FORFAIT / RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN A FORFAIT / AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO DEL EJÉRCITO NACIONAL / INEXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / ARTEFACTO EXPLOSIVO / EXPLOSIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / FALTA DE PRUEBA / PRUEBA TESTIMONIAL / MINA ANTIPERSONA / OPERACIÓN MILITAR / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL / TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / NEGACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO EXCEPCIONAL / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / LESIONES FÍSICAS / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / MIEMBROS DEL GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / CONFLICTO ARMADO INTERNO / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / ZONA DE CONFLICTO ARMADO

Problema jurídico 3: ¿Las lesiones padecidas por quienes se vinculan de manera voluntaria al Ejército Nacional no dan lugar a que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado, salvo en los casos en los que se estructura una falla en el servicio o la víctima es expuesta a un riesgo mayor al que le correspondía soportar, evento en el que procede la indemnización a forfait, supuestos que en el presente asunto no se demostraron por la parte demandante, debiendo negarse las pretensiones de la demanda?

Tesis 3: "Tratándose de supuestos en los cuales se discute la responsabilidad estatal por los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares o agentes de policía, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado de forma constante y reiterada ha considerado que, en principio, la misma no se ve comprometida, por cuanto tales daños se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado y, por tanto, se cubren con la indemnización a forfait a que tienen derecho por virtud de esa vinculación; sin embargo, también ha sostenido que la reparación de esos daños resulta procedente en los casos en los que se encuentra probada una falla en el servicio o se acredita que la víctima fue sometida a un riesgo superior a los que

normalmente debía afrontar, como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado. (...) En el presente caso, si bien se probó que la víctima directa resultó lesionada por un artefacto explosivo improvisado, no se acreditaron los argumentos expuestos en la demanda y reiterados en el recurso de apelación, según los cuales un grupo de militares, entre ellos, el soldado profesional (...) inició su recorrido con la finalidad de recibir unos víveres, momento en el que el comandante del pelotón ordenó de manera irresponsable cambiar la ruta que había trazado con anterioridad el Grupo (...) la cual se había fijado precisamente para evitar que la tropa cayera en un campo minado. (...) De lo expuesto no resulta posible establecer que el comandante del pelotón hubiera cambiado de manera irresponsable alguna ruta que había trazado el Grupo (...); por el contrario, el informe de patrullaje se infiere que el teniente (...) dispuso el aislamiento del personal, por recomendación de esta unidad de explosivos y que, además, esperó que realizara el procedimiento de barrido para movilizarse y, posteriormente, para ubicarse en el lugar al cual arribaron. (...). Conforme a las pruebas que se vienen de relacionar y analizar, la Sala concluye que el daño causado a la parte demandante, consistente en la lesiones corporales padecidas por el señor (...) no es imputable al Ministerio de Defensa Ejército Nacional, pues no se probó que fuera consecuencia de una falla del servicio, ni se acreditó que la víctima directa hubiese sido sometida a un riesgo excepcional diferente al que normalmente deben soportar los soldados profesionales y al que estuvieron expuestos los demás militares que hacían parte de la Misión Táctica (...) En este orden de consideraciones, las lesiones que sufrió el soldado profesional (...) quien precisamente pertenecía al grupo de explosivos, no pueden considerarse como ajenas a los riesgos que asumen voluntariamente quienes se vinculan al Ejército Nacional, los cuales además eran conocidos, de conformidad con los documentos de inteligencia relacionados con la Misión Táctica (...) En estas condiciones, las lesiones padecidas por el señor (...) no se pueden enmarcar en un riesgo diferente al que normalmente debía soportar en su condición de soldado profesional, perteneciente al grupo de explosivos (...) pues así se aceptó inclusive en el mismo escrito inicial, en el que se argumentó que fueron padecidas como consecuencia de las actividades propias del servicio militar. (...) Así las cosas, si bien la parte actora acreditó que en el marco de la operación (...) el soldado profesional (...) sufrió múltiples heridas en la cara, el tórax y el miembro superior izquierdo, las lesiones padecidas por quienes se vinculan de manera voluntaria al Ejército Nacional no dan lugar a la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, salvo en los casos en los que se estructura una falla en el servicio o la víctima es expuesta a un riesgo mayor al que le correspondía soportar, supuestos que en el presente caso no se demostraron por la parte demandante, razones que imponen que se confirme la sentencia denegatoria de primera instancia."

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 19 de abril de 2018, exp. 42798. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 08 de junio de 2022; C.P. María Adriana Marín, radicación: 76001-23-31-000-2011-01274-01 \(54613\)](#)

4. El juez de lo contencioso administrativo debe proceder a examinar la responsabilidad del Estado respecto del error judicial imputable a una sentencia proferida por una Alta Corte, en aplicación del control de convencionalidad.

Síntesis del caso: "Se demanda la responsabilidad del Estado porque el Consejo de Estado habría incurrido en un error judicial al desconocer, en una sentencia de nulidad y restablecimiento y dos sentencias de tutela, el precedente aplicable y porque habría incurrido en un defectuoso funcionamiento por incumplir los términos previstos en la Constitución y en la Ley para proferir y notificar los fallos de tutela."

ERROR JURISDICCIONAL / NORMATIVIDAD DEL ERROR JURISDICCIONAL / NORMATIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JUDICIAL / ERROR

JUDICIAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL / DECISIONES DE LAS ALTAS CORTES / ALTAS CORTES / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Problema jurídico 1: *¿En aplicación del control de convencionalidad, debe el juez de lo contencioso administrativo proceder a examinar la responsabilidad del Estado respecto del error judicial imputable a una sentencia proferida por una Alta Corte y por ello inaplicar el condicionamiento de la Corte Constitucional que lo impedía?*

Tesis 1: “Sobre la procedencia del examen de la responsabilidad del Estado respecto del error judicial imputable a una sentencia proferida por una alta Corte debe señalarse que (...) la Corte Constitucional limitó su alcance, (...) Pese a lo anterior, en la presente providencia se inaplicará dicho condicionamiento que realizó la Corte Constitucional hace 26 años, por las razones que se exponen a continuación (...) Aunque la regla general es que, una vez se efectúe el control del proyecto de ley estatutaria por parte de la Corte, no es posible reabrir el debate en relación con su constitucionalidad, existen excepciones para que el tribunal constitucional vuelva a examinar el asunto: si se presenta un vicio de inconstitucionalidad con posterioridad a la revisión previa efectuada, lo que no ocurrió en este caso (...) el condicionamiento incluido en la sentencia C-037 de 1996 desconoció el artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 10 del CADH, cuyo control se le impuso al juez en el 2006, como se indicará más adelante. (...) El condicionamiento desconoció el artículo 90 Constitucional que no permite ninguna suerte de irresponsabilidad del Estado, bajo lógicas superadas de inmunidad del poder – “the King can do no wrong” -, a la vez que debilitaba uno de los pilares del Estado de Derecho: la responsabilidad. (...) En tal razonamiento, el juez de la responsabilidad del Estado sería una suerte de “órgano superior” respecto de las altas Cortes, lo que sería inconstitucional (...) Tal justificación partía de una doble equivocación: por una parte, el juez de la responsabilidad del Estado no se convierte, ni formal ni materialmente, en órgano superior de las autoridades públicas que causaron los daños antijurídicos; no es el superior de la Administración pública, del Congreso de la República, ni de los jueces, sino únicamente la autoridad judicial que, en el marco de sus competencias, declara la responsabilidad del Estado y condena a la reparación de perjuicios. Por otra parte, la declaratoria de responsabilidad del Estado por errores jurisdiccionales no impacta el principio de seguridad jurídica, ya que el juez de la reparación directa carece por completo de competencia para revocar, modificar, invalidar o dejar sin efectos las decisiones judiciales, de cualquier nivel, es decir que la certeza de las relaciones jurídicas que se predica de la cosa juzgada permanece intacta e inmodificable y es justamente porque ya no es posible corregir el error, que no queda otro camino que declarar la responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 Constitucional. (...) Incluso, llama la atención que la misma Sentencia C-037 de 1996 reconoció que no era posible limitar el alcance del artículo 90 de la Constitución (...) Si no era posible limitar la comprensión del artículo 90 Constitucional a la ocurrencia de una falla, tampoco era posible excluir de responsabilidad a algunas autoridades del Estado. La propia Corte Constitucional, en sentencias del control abstracto de constitucionalidad, adoptadas con posterioridad a 1996, ha señalado que el artículo 90 de la Constitución no excluye de responsabilidad a ninguna autoridad pública. (...) Todo lo anterior indica que, resultaba inconstitucional excluir la responsabilidad del Estado por los errores judiciales cometidos por las cabezas de cada jurisdicción y que, incluso, los argumentos para hacerlo no satisfacían esa sustracción. (...) El condicionamiento desconoció el artículo 10 de la CADH porque excluyó la posibilidad de reclamar la responsabilidad del Estado por la actuación de una autoridad pública. Sin embargo, fue a partir del 2006 que la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que el legislador de cada país miembro estaba obligado a adecuar el derecho interno a lo dispuesto en la CADH y agregó que, si el legislador no cumplía con este mandato, era deber de los jueces ejercer el control de convencionalidad para que sus decisiones se ajustaran a la Convención Americana de derechos humanos. (...) El control de convencionalidad sobre el derecho interno debe ser realizado de manera oficiosa, por parte de todas las autoridades públicas nacionales, incluidos los jueces, aunque con respeto de las competencias, instrumentos y vías procedimentales propias de cada una de ellas. (...) Para esta Subsección, el hecho de que la Corte Constitucional no haya proferido una nueva decisión respecto de la exequibilidad de la norma que prevé la responsabilidad del Estado por error judicial y, por lo tanto, el condicionamiento que vulneró gravemente el artículo 90 de la Constitución Política se encuentre vigente, no autoriza a obviar el deber como juez de realizar el control de convencionalidad respecto del mismo, ni a escudarse en tal condicionamiento – norma de derecho interno - para incumplir los compromisos internacionales adquiridos por Colombia que, como ya se indicó, son, a la vez, mandatos constitucionales. 45. Por lo anterior, esta Subsección encuentra que el condicionamiento introducido por la Sentencia C-037 de 1996 al artículo 66 de la Ley 270 de 1996,

bajo los argumentos que fueron analizados, desconoce el artículo 11 de la CADH, al limitar, de manera anticonvencional e inconstitucional, el derecho a ser reparado por los daños causados por los errores judiciales. En ese orden, es necesario ajustar la comprensión del artículo 66 de la Ley 270 de 1996, acoger lo previsto en la Sentencia Almonacid Arellano, adoptar una decisión convencional y, por consiguiente, examinar de fondo las demandas de responsabilidad del Estado por errores judiciales materializados en sentencias de las altas cortes. En consecuencia, el condicionamiento efectuado en la Sentencia C 037 de 1996 se inaplicará para resolver el presente asunto.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el error judicial en providencias de las Altas Cortes ver: Sentencia C-37 de 1996. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 72 de 1996. Corte Constitucional, sentencia C-774/01, C-332/13, C-166/14, C-687 /14 y C-007/16. Corte Constitucional Sala Plena. Sentencia C 38 de 2006. CIDH Fallo Almonacid Arellano Vs. Perú

ERROR JURISDICCIONAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JUDICIAL / ERROR DE LA SENTENCIA / INEXISTENCIA DEL ERROR JUDICIAL / ERROR JUDICIAL / ALTAS CORTES / DECISIONES DE LAS ALTAS CORTES / PROCESO ORDINARIO

Problema jurídico 2: *¿No es posible que jurídica y causalmente, los eventuales o hipotéticos daños derivados de errores de las sentencias judiciales de procesos ordinarios, se imputen a las sentencias que resolvieron acciones de tutela contra dichas providencias judiciales y que hicieron tránsito a cosa juzgada, por ello no se presenta error judicial en el caso concreto?*

Tesis 2: “Respecto del error judicial. Considerando que el daño es el primer elemento de la responsabilidad, es decir que sin daño no hay responsabilidad y dado que el objeto de la reparación directa es indemnizar un daño antijurídico, de manera previa a resolver si la Sección Quinta del Consejo de Estado incurrió en un error en su decisión, se requiere estudiar si, efectivamente, se alegó, se individualizó y se probó un daño y, solo de ser así, se entrará a revisar si ese daño se derivó de un error de la sentencia acusada. (...) El actor indicó que el daño antijurídico consistía en que el Consejo de Estado revocó la decisión de la primera instancia y negó las pretensiones en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Es decir que el daño alegado se derivaría de la sentencia de segunda instancia del proceso contencioso administrativo, frente al cual, la demanda fue presentada de manera extemporánea y no de la sentencia que aquí se estudia, esto es, la que resolvió la tutela en segunda instancia. Por ello, la sentencia estudiada no ocasionó el daño que se alega, razón suficiente para negar las pretensiones resarcitorias. La acción de tutela contra providencias judiciales es un mecanismo de procedencia excepcional, sometido a estrictos requisitos de procedibilidad y de prosperidad, destinado únicamente a amparar derechos fundamentales que resultaron vulnerados por la decisión del juez, pero no se trata de una instancia adicional, un recurso ordinario ni extraordinario, que permita reabrir los debates que fueron zanjados en las instancias judiciales correspondientes y, por consiguiente, no es posible que jurídica y causalmente, los eventuales o hipotéticos daños derivados de errores de las sentencias judiciales de procesos ordinarios, se imputen a las sentencias que resolvieron acciones de tutela contra dichas providencias judiciales y que hicieron tránsito a cosa. (...) En todo caso, la Subsección estima importante recordar que el desarrollo normal de la segunda instancia de un proceso y su resultado, en esta oportunidad, revocar y negar las pretensiones, no puede ser por sí solo un daño que deba ser reparado. La acción de reparación directa tiene por objeto el resarcimiento de un daño antijurídico autónomo, condicionado a la demostración de errores judiciales que lo habrían provocado. Por ello, así como la acción de tutela no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico como un mecanismo que permita volver a examinar de fondo la demanda sometida al juez y decidida con fuerza de cosa juzgada, la acción de reparación directa tampoco es un mecanismo para satisfacer las pretensiones de los procesos judiciales, como en este caso, del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, olvidando con ello, la garantía de especialidad del juez y convirtiendo indebidamente, por esta vía, al juez de la reparación directa, en un juez supremo de todas las controversias, sin importar su naturaleza. La negativa de las pretensiones podría ser el hecho generador de un daño

antijurídico, sin embargo, en la demanda no se explicó cuál era el daño. Tampoco podría aceptarse que el daño consiste en la afectación a sus “derechos a la vida, al mínimo vital, al trabajo y a la igualdad”, que, en realidad, habrían sido provocados por el SENA, con su decisión de terminar la relación de empleo público con el empleado de libre nombramiento y remoción y, además, porque ello sería desconocer el carácter cierto del daño ya que, en todo caso, esas aludidas afectaciones no se probaron.”

DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / REPARACIÓN DIRECTA POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / MORA JUDICIAL / DAÑO / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE DAÑO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / TÉRMINO DE LA NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

Problema jurídico 3: ¿Debe negarse el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por la mora en la notificación de una sentencia de tutela ya que esta situación no genera un daño automáticamente considerado y tampoco se probó que daño se generó al actor?

Tesis 3: “Respecto del defectuoso funcionamiento. La Subsección comparte el argumento de la primera instancia, según el cual, no se advirtió una mora excesiva en el trámite de la tutela (...) Al respecto, debe tenerse en cuenta que este escenario judicial no está previsto para detectar per se las falencias de la administración de justicia, como sería el caso de un eventual proceso disciplinario, sino para reparar un daño antijurídico. De acuerdo con lo que obra en el expediente, el incumplimiento en los términos para proferir las sentencias de tutela no generó un daño automáticamente considerado y no podría el juez de la reparación directa entrar a sancionar esta situación, por carecer totalmente de esa competencia. En el caso concreto, no se explicó, así como tampoco se probó qué daño le generó al actor una posible demora en la notificación de la sentencia tutela. Lo anterior resulta suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.”

Aclaración de voto del consejero Fredy Hernando Ibarra

ACLARACIÓN DE VOTO / ERROR JURISDICCIONAL / NORMATIVIDAD DEL ERROR JURISDICCIONAL / NORMATIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR ERROR JUDICIAL / ERROR JUDICIAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL / DECISIONES DE LAS ALTAS CORTES / ALTAS CORTES

Problema jurídico 1: ¿No es necesario acudir a la legislación internacional para revisar las actuaciones de las altas cortes en temas de responsabilidad extracontractual del Estado?

Tesis 1: “Aunque comparto la decisión adoptada en el asunto de la referencia, aclaro mi voto porque considero que en temas de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por motivo de la actividad jurisdiccional del Estado y concretamente por actuaciones de las denominadas altas cortes, no es necesario acudir a legislación de carácter internacional, toda vez que el artículo 90 de la Constitución Política no exceptúa o hace una diferenciación al respecto.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 04 de mayo de 2022; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 25000-2336-000-2012-00311-02 \(52091\)](#)

5. La doble tributación vulnera el principio de reserva de legalidad tributaria y configura incumplimiento contractual, dada la indebida interpretación del clausulado del negocio jurídico celebrado.

Síntesis del caso: *“En desarrollo de contrato cuyo objeto era la repotenciación y modernización del alumbrado público del municipio contratante (fase II), prorrogado y adicionado en su precio, la contratista aduce que la entidad territorial realizó descuentos indebidos sobre las sumas pagadas, que generó incumplimiento del acuerdo de voluntades.”*

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / OBJETO DE LA ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO / ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL / ALCANCE DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / APLICACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONCEPTO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / GARANTÍAS DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Problema jurídico 1: *¿La liquidación del contrato es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de controversias contractuales?*

Tesis 1: “En cuanto límites al derecho de constitucional de acceso a la administración de justicia (artículo 229), que son los requisitos de procedibilidad, estos deben ser interpretados restrictivamente. Como requisitos de procedibilidad, el CCA, vigente para este proceso, preveía únicamente: (i) el agotamiento de la vía gubernativa, cuando se pretenda la nulidad de un acto particular (artículo 135 del CCA); y (ii) la conciliación prejudicial, prevista en los artículos 35 y 37 de la Ley 640 de 2001, en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales. No existe, pues, un requerimiento legislativo expreso de la liquidación, como requisito de acceso a la administración de justicia. Esta Corporación ha considerado que si la Administración, como parte de un contrato, expide un acto de liquidación unilateral, el contratista que pretenda la declaración de responsabilidad contractual, debe incluir dentro de sus pretensiones la nulidad de dicho acto, siempre y cuando tenga conocimiento de la decisión de la entidad pública previamente a la presentación de la demanda, ya que, al formar parte del ordenamiento jurídico, el acto de liquidación debe ser removido para dar paso a la responsabilidad de la demandada. No se trata, sin embargo, de un requisito de procedibilidad, sino de un presupuesto lógico de la prosperidad de las pretensiones, que se impone en razón al carácter sistemático del ordenamiento jurídico, que, ante la subsistencia del acto liquidatario, hace inane el análisis del incumplimiento. En este orden de ideas, la liquidación previa del contrato no es un requisito de procedibilidad que impida estudiar de fondo el asunto cuando no se haya efectuado. En el caso bajo estudio, la liquidación no es una actuación que se requiera para entrar a valorar si existió un incumplimiento de la entidad contratante al realizar descuentos en los pagos realizados por concepto del Contrato 006 de 2008, toda vez que, para determinar si dicha actuación es conforme o contraria a derecho, basta con analizar las disposiciones legales y las obligaciones contractuales aplicables al caso concreto.”

RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / APLICACIÓN DE LA NORMA / NORMA DE DERECHO PRIVADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Problema jurídico 2: *¿Cuáles son los elementos estructurantes de la responsabilidad contractual del Estado?*

Tesis 2: “En la responsabilidad contractual imputable al Estado por el daño antijurídico imputable por incumplimiento, debe (i) identificarse la obligación exigible, y la acción u omisión con la que fue infringida, (ii) el daño emergente o lucro cesante ocasionado a la contratista con el incumplimiento de la obligación de su contraparte; y (iii) la relación de causa efecto entre la conducta con la que el demandado faltó a sus obligaciones y el menoscabo sufrido por el demandante. En este orden, procederá la Sala a analizar la responsabilidad por incumplimiento en este asunto.”

PRECIO UNITARIO / ACUERDO DE PRECIOS / CONTRATO DE OBRA A PRECIOS UNITARIOS / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA A PRECIOS UNITARIOS / FIJACIÓN DEL PRECIO / CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRIBUCIÓN / CÁLCULO DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL / PAGO DE LA CONTRIBUCIÓN / NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONTRIBUCIÓN / CLASES DE DESCUENTO TRIBUTARIO / PRECIO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA

Problema jurídico 3: *¿Cuál es el valor de la base gravable para efectos tributarios cuando el contrato estatal se pacta por el sistema de precios unitarios?*

Tesis 3: “[E]n el Contrato 006 de 2008, se pactó expresamente un pago por precios unitarios, diferenciados en grupos correspondientes a los materiales suministrados y las actividades de instalación. En razón a ello, se suscribirían actas de avance independientes, correspondientes a los materiales suministrados y a su instalación, respectivamente, que comprendían la suma de productos y cantidades ejecutadas, acumuladas en sumas subtotales, por lo que las garantías también se configuraron en amparos independientes. Todo ello, se integraba en el precio total del contrato, del que se descontaban los tributos especificados. Finalmente, los materiales suministrados y los trabajos realizados se integraban en el acta de recibo definitivo, con base en la cual se liquidaría el contrato. De esta forma, el cumplimiento del Contrato 006 de 2008 se hizo pender de la entrega de la obra completa y no de sus unidades, como corresponde a una modalidad de precio fijo en conjunto. (...) con la celebración del Contrato 006 de 2008, al tratarse de un contrato de obra pública se configuró el hecho generador de la contribución especial a la que hace alusión el artículo 6 de la Ley 1106 de 2006 y, en consecuencia, la tarifa del 5% establecida expresamente por la ley debía tener como base gravable el valor total del contrato incluyendo su adición. (...) de conformidad con el artículo 121 de la Ley 418 de 1997, cuya vigencia fue prorrogada por el artículo 1 de la Ley 1106 de 2006 por cuatro años, se habilitaba a la entidad pública contratante, para descontar la tarifa del 5% del valor del anticipo y de cada cuenta que cancele el contratista, sin ningún requisito adicional. De esta forma, los descuentos realizados por el municipio de Bucaramanga, además de un fundamento contractual, tenían un sustento legal.”

DOBLE TRIBUTACIÓN / PROHIBICIÓN DE DOBLE TRIBUTACIÓN / COBRO DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL / CÁLCULO DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL / CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / PAGO DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS / DEBERES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL / BASE GRAVABLE DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA / BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO / IMPUESTO DE ESTAMPILLA / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Problema jurídico 4: *¿Incurrió en doble tributación la administración al realizar descuento por el tributo de estampilla con inclusión del monto del IVA?*

Tesis 4: “[E]l artículo 363 constitucional prevé que el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Esta Corporación ha considerado que, en virtud de dichos principios, no puede generarse una doble tributación sobre un mismo hecho económico, puesto que entre la obligación tributaria y la capacidad económica del contribuyente debe existir una correlación. La doble tributación se expresa de diversas maneras, una de las cuales se presenta en los eventos en que se incluye dentro de la base gravable de un tributo otro impuesto tasa o contribución, como esta Corporación lo ha reconocido reiteradamente, considerando que, al tomar como base gravable otro impuesto, tasa o contribución se elementos ajenos a la capacidad económica del contribuyente, en la medida que se trata de erogaciones que se derivan de obligaciones tributarias. Además, al imponer un tributo sobre otro tributo, el hecho económico que genera la obligación de pago va a ser por consecuencia el mismo, con lo que es clara la doble tributación. De esta forma, el hecho generador corresponde al precio del contrato, es

decir, a la suma dineraria cierta, sea ésta determinada o determinable, que el contratante se obliga a pagar al contratista, como contraprestación por el objeto del contrato, que en este asunto corresponde a las obras entregadas. ... con los descuentos por concepto de tributos de estampillas liquidados con inclusión del monto del IVA, se produjo un menoscabo a los derechos que, como acreedor, tenía Scherder Colombia S.A. por la ejecución de las obras objeto del Contrato 006 de 2008. Con ello, a su vez, se configuró un incumplimiento contractual del municipio de Bucaramanga, toda vez que, conforme a una interpretación del clausulado del negocio jurídico celebrado, en el que se tome en consideración la reserva de legalidad tributaria y la incorporación del derechos sustantivo vigente al contrato, se efectuaron descuentos excesivos en los pagos efectuados al contratista, al tomar dentro de la base gravable otro impuesto, en este caso el IVA, para determinar el valor a descontar por los tributos de estampillas. En definitiva, el municipio de Bucaramanga no pagó Schreder Colombia S.A. la totalidad del valor pactado y ejecutado, ya que la entidad contratante hizo deducciones que no eran procedentes sobre las sumas que debía pagar por las prestaciones que efectivamente fueron ejecutadas."

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la inclusión del acto de liquidación del contrato dentro de las pretensiones de la acción de incumplimiento del contrato, consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 14 de marzo de 2018, exp.55671. Sobre el término de caducidad de la acción de controversias contractuales cuando no se ha podido realizar la liquidación bilateral o unilateral del contrato, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia del 14 de febrero de 2019, exp.59727; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas (E). Referente al valor probatorio de las copias simples de documento, ver Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp.25022. Sobre la exequibilidad condicionada del artículo 50 de la Ley 80 de 1993, ver sentencia de la Corte Constitucional sentencia C-333 de 1993. En cuanto a los elementos de responsabilidad contractual del Estado, ver Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 25 de marzo de 2015, exp. 37726; reiterado en la sentencia de la Subsección C del 28 de octubre de 2019, exp. 40992. En cuanto a los elementos determinantes para la imposición de tributos, ver sentencias de la Corte Constitucional, sentencias C-413 de 1996, C-1097 de 2001, C-035 de 2009, y C-269 de 2019, sentencias C-538 de 1996, C-987 de 1999 y C-269 de 2019, entre otras. En lo atinente a la procedencia del impuesto de guerra, ver Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación de 25 de febrero de 2020, rad. núm. 25000-23-37-000-2014-00721-01(22473) (IJ-SU). Sobre las modalidades de pago en los contratos de obra, consultar Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2011, exp. 14823, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 22 de abril de 2004, exp. 14292 y Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 15 de octubre de 1999, exp. 10929. Sobre la modalidad de contrato llave en mano, ver Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de diciembre de 1997, rad. núm. 1013 y Sección Tercera, sentencia del 9 de marzo de 2016, exp. 36312. En cuanto a la prohibición de doble tributación por el mismo hecho económico, puede consultarse Sección Cuarta, sentencia del 17 de agosto de 2007, exp.14972. En cuanto a la indexación como principio del principio de reparación integral, ver Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp.17214. En cuanto a la condena en perjuicios de intereses moratorios y lucro cesante, en el marco de un contrato regido por la Ley 80 de 1993, ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 29 de mayo de 1981, Gaceta Judicial, tomo CLXVI, núm. 2407, pp. 566 – 574 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, exp.17214.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 10 de diciembre de 2021; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 68001-23-31-000-2011-00650-01 \(54140\)](#)

Aclaración de voto. C.P. Nicolás Yepes Corrales

ACLARACIÓN DE VOTO / RESPONSABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PRINCIPIO DE PACTA SUNT SERVANDA

Problema jurídico: *¿Cuáles son los elementos estructurantes de la responsabilidad contractual del Estado?*

Tesis: [E]ncuentro importante anotar que, en mi opinión, de la lectura de la sentencia C-333 de 1996 ni menos aún del propio texto del artículo 90 constitucional, puede desprenderse que en tratándose de responsabilidad contractual del Estado se identifican el daño antijurídico y la imputación. ... Conviene recordar que la responsabilidad contractual del Estado se fundamenta, en primer lugar, en la fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado entre las partes –pacta sunt servanda–, expresamente

reconocida en el artículo 1602 del Código Civil que le confiere al negocio jurídico efectos de ley entre los contratantes, sobre la base de reconocer el poder de la voluntad para que los sujetos puedan darse sus propias reglas de conducta, y, en segundo lugar, en la buena fe, que en el marco contractual se encuentra consagrada en los artículos 1603 ejusdem y 871 del Código de Comercio, en virtud de los cuales los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se pacta expresamente, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin necesidad de cláusula especial, armonizados, por supuesto, con los principios y reglas del derecho administrativo, tales como los de reciprocidad de las prestaciones y prevalencia del interés público, entre otros. En suma, disiento de la conclusión expuesta en el fallo del 10 de diciembre de 2021 en punto a los elementos de la responsabilidad contractual del Estado, pues ciertamente en ésta, así como también en la extracontractual, son distintos el daño antijurídico y la imputación. Su configuración, reitero, requiere la existencia de ambos presupuestos, para lo cual, en el marco de la responsabilidad contractual, debe establecerse la existencia del contrato fuente de la obligación debida, el incumplimiento culpable de la obligación contractual y la causación de un perjuicio al acreedor como resultado del incumplimiento obligacional.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 10 de diciembre de 2021; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 68001-23-31-000-2011-00650-01 \(54140\) AV Nicolás Yepes Corrales](#)

6. No procede la solicitud de liquidación judicial del contrato cuando la administración aún tiene la competencia para liquidarlo unilateralmente.

Síntesis del caso: *El Invías y una entidad territorial suscribieron un contrato interadministrativo para la construcción y pavimentación de una carretera. Cumplido el plazo del contrato, el Invías requirió a la entidad territorial con el fin de que rindiera cuentas, reintegrara los recursos no ejecutados y se procediera a su liquidación; al no obtener respuesta positiva, el Invías solicitó la liquidación judicial del contrato.*

CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Problema jurídico 1: *¿Si la entidad estatal aún tiene competencia para liquidar unilateralmente el contrato puede solicitar su liquidación judicial?*

Tesis: “[L]a Sala concluye que, como al momento de la presentación de la demanda el INVIAS tenía competencia para liquidar unilateralmente el contrato y en consideración a que no podía despojarse de ella, dado que, como se analizó, las prerrogativas públicas en tanto obligaciones y responsabilidad de las entidades públicas son irrenunciables, no era procedente acceder a la solicitud de liquidar judicialmente el negocio jurídico, pues ello supondría desconocer, no solo el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo –en tanto en estos casos su función se debería limitar a controlar, a petición de parte, la controversia o litigio que pudiera surgir en relación con la legalidad de los actos administrativos expedidos por ella–, sino usurpar las funciones que la ley ha asignado a la administración pública, patrocinando, en el menor de los casos, la renuncia al ejercicio de las competencias que a ella corresponden.”

CONVENIO INTERADMINISTRATIVO / CONTRATO ESTATAL DE TRACTO SUCESIVO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONVENIO INTERADMINISTRATIVO

Problema jurídico 2: *¿En los convenios interadministrativos de tracto sucesivo, cuando las partes no logren un acuerdo sobre el cruce final de cuentas, la entidad pública que ocupe la posición de contratante debe realizar la liquidación de manera unilateral?*

Tesis: “[E]n el marco de los contratos interadministrativos de tracto sucesivo, en caso de que las partes no

logren un acuerdo sobre el cruce final de cuentas, la entidad pública que ocupe la posición de contratante está en la obligación de realizar la liquidación de manera unilateral, no solo porque no se trata de aquellas potestades a las que se refiere el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –cuya incorporación en los contratos interadministrativos no se encuentra autorizada en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993–, sino porque frente a la regla legal que manda que los contratos de tracto sucesivo deben liquidarse, no puede oponerse ninguna excepción.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la obligación de liquidar los contratos de tracto sucesivo, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de octubre de 2019, rad. 60304, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de mayo de 2022, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 76001-23-31-000-2002-01290-01\(55868\).](#)

Salvamento de voto de la consejera María Adriana Marín

LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO / LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ESTATAL / LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL CONTRATO ESTATAL / PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Tesis: “En el presente caso, la Sala coligió que no podía analizar la pretensión de liquidación judicial, por cuanto el INVÍAS contaba con la posibilidad de liquidar unilateralmente el contrato. No creo que esta fuera una razón suficiente para no estudiar el fondo del asunto, pues, si bien es cierto que las prerrogativas públicas son obligaciones irrenunciables a cargo de las entidades estatales, también lo es que los poderes unilaterales en materia de contratación estatal constituyen, además, privilegios que la ley le confiere a la administración, con el fin de volver más eficiente la práctica contractual. [...] Así, la liquidación unilateral -al igual que los otros poderes unilaterales- es una potestad que el legislador le confirió a la administración, con el objetivo de que se realice el corte final de cuentas del negocio jurídico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción. Sin embargo, que exista esta facultad, no significa que, si no se ejerce, se anule la posibilidad de acudir ante el juez del contrato, o que este pueda rehusarse a resolver sobre las pretensiones de la entidad, porque no existe norma que así lo contemple, y -por el contrario- existe, en principio, la obligación de resolver de fondo los asuntos sometidos a su conocimiento.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de mayo de 2022, C. P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 76001-23-31-000-2002-01290-01\(55868\).](#)

7. A pesar de tener a su cargo la dirección del programa de protección de víctimas y testigos en procesos penales, la Fiscalía General de la Nación no es un organismo de seguridad del Estado.

Síntesis del caso: *Un ciudadano fue asesinado por miembros de grupos paramilitares después de que formulara denuncias en su contra. La Fiscalía determinó que no podía asumir la protección provisional del denunciante por cuanto su colaboración con la administración de justicia no había sido eficaz y porque las amenazas no tenían origen en las denuncias que presentó.*

FACULTADES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / PROTECCIÓN AL TESTIGO / ORGANISMOS DE SEGURIDAD NACIONAL / PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS / CARACTERÍSTICAS DE LA AMENAZA A LA SEGURIDAD PERSONAL / PROGRAMA DE PROTECCIÓN DE VÍCTIMAS Y TESTIGOS / AMENAZA AL TESTIGO / COLABORACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Problema jurídico: *¿La Fiscalía General de la Nación es un organismo de seguridad del Estado?*

Tesis: “[A]unque la Fiscalía General de la Nación tiene a cargo la dirección del programa [de protección de víctimas y testigos en procesos penales], ello no quiere decir que asuma el papel de un organismo de seguridad del Estado. En efecto, esa autoridad judicial, por mandato constitucional está instituida para ejercer la acción penal del Estado e investigar los hechos que lleguen a su conocimiento y que revistan la característica de delitos, según el artículo 250 CN. Y aunque este mismo precepto establece su deber de velar por la protección de las víctimas y testigos, precisamente, ello se debe hacer en el marco de la colaboración entre los órganos del Estado (art. 113 CN). De allí que la Resolución n°. 0-2700 de 1996 previó que los funcionarios judiciales y de policía judicial debían abstenerse de hacer ofrecimientos en materia de protección (artículo 2.4) y solo de manera excepcional la misma Fiscalía podía asumir la protección provisional de un beneficiario del programa, pues el cumplimiento de esa función debía coordinarse con los organismos de seguridad del Estado (artículo 11). [...] [Q]uedó acreditado que la Fiscalía realizó en 2007 una evaluación de amenaza y riesgo a [la víctima] en el marco del Programa de Protección y Asistencia, que determinó que su intervención en las investigaciones [penales] no originó las amenazas contra su vida y que su participación hasta ese momento no se podía calificar como eficaz para la administración de justicia. [...] La Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Ejército Nacional, incurrieron en falla del servicio, porque omitieron cumplir su deber legal de prestar seguridad. En efecto, aunque [la víctima] solicitó reiteradamente protección a la Policía Nacional por encontrarse en condición especial de riesgo, la entidad omitió prestarle medidas adecuadas y efectivas. El Ejército Nacional también omitió su deber de protección, pues, a pesar de que la Defensoría del Pueblo había alertado a la entidad de la inminencia de un atentado contra [la víctima] y le había solicitado expresamente que coordinara con la Policía Nacional acciones para evitar la concreción de ese riesgo, no tomó medidas adecuadas para impedir un atentado contra la víctima.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo de 2021, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 23001-23-31-000-2011-00256-02\(63526\).](#)

8. La imposición de una multa al contratista no constituye *per se* causal inhabilitante y, por tanto, no afecta el criterio de evaluación dentro del proceso de licitación pública.

Síntesis del caso: *“Sociedad interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y de controversias contractuales en contra de la Nación – Rama Judicial, en la que solicitó que se declarara la nulidad i) del acto administrativo que declaró su inhabilidad en el proceso de licitación pública y adjudicó el contrato a la otra proponente, otra firma, ii) de la Resolución que negó la revocatoria directa del acto de adjudicación; y iii) del contrato de prestación de servicios de aseo. Como consecuencia, solicitó el reconocimiento de los perjuicios supuestamente causados, pues, en su criterio, no se encontraba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio y, además, contaba con la mejor oferta, por lo que se le debió adjudicar el contrato.”*

MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / FACULTAD PARA CELEBRAR CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA / PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL / FACULTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL / CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO ESTATAL / EFECTOS DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA DEL CONTRATO

Problema jurídico 1: *¿Las multas y las declaratorias de incumplimiento son factores que inciden en que el contratista sea hábil para contratar con el Estado?*

Tesis 1: “[E]l legislador diferenció entre las multas y las declaratorias de incumplimiento como factores que inciden en que el contratista sea o no hábil para contratar con el Estado. Ambas figuras fueron

previstas en la Ley 1150 de 2007 como herramientas con las que cuenta el Estado, en calidad de contratante, para hacer cumplir los principios de la función pública y de la contratación estatal, a través del ejercicio de su potestad sancionadora. Frente a las multas, se indicó que tendrían como propósito conminar al contratista para que cumpla sus obligaciones, mientras que el incumplimiento se podría declarar con el fin de hacer efectiva la cláusula penal. En concordancia con lo anterior, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 prescribió que las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación Pública podrían declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del caso, así como imponer multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal, para lo cual fijó un procedimiento con ese fin. Para esta Corporación, la declaratoria de incumplimiento tiene la vocación de establecer con carácter definitivo una insatisfacción de las obligaciones contraídas en virtud del negocio jurídico estatal, con el fin de que se haga efectiva la cláusula penal, en concordancia con los artículos 1592 y 1595 del Código Civil. Por otro lado, la multa es una sanción pecuniaria que busca impulsar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En ese sentido, la multa no se impone con el objeto de terminar el negocio jurídico, o de resarcir perjuicios, sino para conminar al contratista a que cumpla sus obligaciones, en el marco de lo cual se debe garantizar el debido proceso.”

MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / INHABILIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO ESTATAL / INHABILIDADES DEL CONTRATISTA / PROCESO DE LICITACIÓN / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA / ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / VIGENCIA FISCAL / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN DEL OFERENTE / DEBIDO PROCESO

Problema jurídico 2: *¿La imposición de la multa durante la misma vigencia fiscal generó al proponente causal inhabilitante en el marco del proceso de selección pública?*

Tesis 2: “La Sala considera que, de conformidad con lo expuesto anteriormente, Aseocolba no estaba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio (...), debido a que no se le declararon incumplimientos en dos contratos durante la misma vigencia fiscal, como lo exigía el literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 (...). Aseocolba no incurrió en la inhabilidad del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, debido a que, para la fecha en que se llevó a cabo el procedimiento licitatorio (...), se le había impuesto una multa y declarado un incumplimiento y no dos incumplimientos como expresamente lo exigía el referido precepto legal. Como consecuencia de lo expuesto, no resultaba admisible que la Rama Judicial excluyera del procedimiento licitatorio a Aseocolba por una inhabilidad que no se configuró, puesto que no era jurídicamente viable extender el supuesto del literal b) del artículo 90 de la Ley 1474 de 2011 a un evento no contemplado por el legislador, teniendo en cuenta el carácter restrictivo de las inhabilidades.”

MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / INHABILIDAD PARA CELEBRAR EL CONTRATO ESTATAL / INHABILIDADES DEL CONTRATISTA / PROCESO DE LICITACIÓN / PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA / ADJUDICACIÓN DE CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO / VIGENCIA FISCAL / MULTA EN EL CONTRATO ESTATAL / MULTA AL CONTRATISTA / CAPACIDAD DE CONTRATACIÓN DEL OFERENTE / DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA

Problema jurídico 3: *¿Cuáles son los presupuestos para que proceda la indemnización de perjuicios en eventos en que se demanda el acto de adjudicación con el argumento de que la oferta ganadora no era la más favorable?*

Tesis 3: “En el caso concreto se encuentra que Aseocolba demostró que el hecho de que se la hubiera excluido del procedimiento licitatorio (...) injustificadamente la privó de suscribir y ejecutar el contrato producto de tal licitación, pues acreditó estar en el primer orden de elegibilidad en caso de que no se la hubiera expulsado de la licitación y, por ende, contaba con la mejor oferta, según se pasa a explicar. En el evento en que se demanda el acto de adjudicación con el argumento de que la oferta ganadora no era la más favorable, para que se reconozca una indemnización en favor del demandante, se debe: i) desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y ii) demostrar que la oferta presentada en la licitación era la mejor, en virtud de la carga que le asiste al actor de probar los hechos en que fundamenta su

demanda, en concordancia con el artículo 167 del CGP. (...) [E]s claro que Aseocolba no estaba inhabilitada para participar en el procedimiento licitatorio (...) y, además, contaba con la mejor oferta, por lo que debía adjudicársele el contrato producto de esa licitación; sin embargo, la Rama Judicial suscribió el negocio con la sociedad Serviaseo, en contravía del principio de selección objetiva y del procedimiento licitatorio.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la inepta demanda cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2019, rad. 54269, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia de 23 de octubre de 2014, rad. 25000-23-41-000-2014-00674-01, C. P. Guillermo Vargas Ayala. Respecto de la caducidad del medio de control contractual y del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de marzo de 2020, rad. 62538, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de marzo de 2015, rad. 28752, C. P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del septiembre 20 de 2001, rad. 10989, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 22 de mayo de 2013, rad. 24057, C. P. Olga Mérida Valle de De la Hoz. Sobre las multas y declaratorias de incumplimiento del contratista, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2020, rad. 61500, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 19 de marzo de 2021, rad. 42135, C. P. María Adriana Marín; sentencia del 2 de julio de 2021, rad. 66495, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 10 de septiembre de 2021, rad. 50130, C. P. José Roberto Sáchica Méndez. Sobre la selección objetiva del contratista, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de mayo de 2012, rad. 21489, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 14 de mayo de 2014, rad. 50222, C. P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 15 de diciembre de 2017, rad. 50045, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En relación con la oferta más conveniente y su acreditación, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de agosto de 2014, rad. 26332, C. P. Enrique Gil Botero; sentencia del 10 de diciembre de 2018, rad. 39066, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia del 27 de agosto de 2020, Página 6 de 8 rad. 44212, C. P. María Adriana Marín. Sobre los requisitos del dictamen pericial, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de mayo de 2016, rad. 49025, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 22 de octubre de 2012, rad. 22088, C. P. Enrique Gil Botero. Sobre la indemnización de perjuicios por la utilidad esperada, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de noviembre de 2014, rad. 29855, C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, sentencia del 12 de mayo de 2016, rad. 49025, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, sentencia del 20 de noviembre de 2020, rad. 51412, C. P. José Roberto Sáchica Méndez; sentencia del 22 de octubre de 2021, rad. 59925, C. P. José Roberto Sáchica Méndez.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 11 de mayo de 2022; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-36-000-2016-00889-02 \(65016\)](#)

6
SECCIÓN
CUARTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se precisan los presupuestos para la aplicación de la presunción de ingresos por control de ventas o ingresos gravados prevista en el artículo 758 del Estatuto Tributario.

Síntesis del caso: Se confirmó la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó las declaraciones del impuesto sobre las ventas de los bimestres 1, 2, 4, 5 y 6 de 2014 que presentó cierto contribuyente, en el sentido de adicionar ingresos producto de la aplicación de la presunción de ingresos por control de ventas o ingresos gravados del artículo 758 del Estatuto Tributario. La Sala concluyó que procedía la adición de ingresos, porque las visitas de control que efectuó la DIAN al establecimiento de comercio de la contribuyente le otorgaron elementos de juicio suficientes para concluir que esta omitió registrar ingresos, lo que a su vez permitió presumirlos conforme lo dispone el artículo 758 *ibídem*, presunción cuyos presupuestos no fueron desvirtuados por la reclamante.

PRESUNCIÓN DE INGRESOS POR CONTROL DE VENTAS O INGRESOS GRAVADOS - Presupuestos / ADICIÓN DE INGRESOS GRAVADOS POR CONTROL DE VENTAS - Procedencia / PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS / CARGA DE LA PRUEBA PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS / PLAZO EN MATERIA MERCANTIL / DÍA COMÚN / DÍA CALENDARIO / DÍA HÁBIL COMERCIAL / DÍAS LABORALES / PRESUNCIÓN DE INGRESOS POR CONTROL DE VENTAS O INGRESOS GRAVADOS - Aplicación / ADICIÓN DE INGRESOS GRAVADOS POR CONTROL DE VENTAS – Legalidad

Problema jurídico: ¿Procedía la adición de ingresos derivada de la aplicación la presunción de ingresos por control de ventas o ingresos gravados prevista en el artículo 758 del Estatuto Tributario?

Tesis: “[E]l artículo 758 del ET establece una presunción de carácter legal, que se funda en los siguientes presupuestos: (...) Conforme con la norma, el control a las ventas realizadas a un contribuyente de no menos de cinco días continuos o alternos en un mismo mes, permite inferir legalmente que el valor total de los ingresos gravados de dicho mes, es el resultado de multiplicar el promedio diario de los ingresos por el número de días hábiles comerciales del mes en cuestión. Al efecto, la adición de los ingresos gravados se efectuará siempre que el valor de los mismos sea superior en más de un 20% a los ingresos declarados por el investigado, o sobre los cuales no se haya presentado la declaración correspondiente. Se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario, y la autoridad fiscal, para asegurar el «efectivo cumplimiento de las normas sustanciales», puede desvirtuarla mediante el ejercicio de las facultades de fiscalización e investigación previstas en el artículo 684 del Estatuto Tributario. Así pues, es a la autoridad tributaria a quien corresponde desvirtuar la veracidad de las declaraciones tributarias y de las respuestas a los requerimientos; y ante una comprobación especial o una exigencia legal, corre por cuenta del contribuyente. (...) Conforme con lo dispuesto en el artículo 758 del ET, explicado en precedencia, la presunción de ingresos por control de ventas o ingresos gravados se determina realizando un control de no menos de cinco días continuos o alternados en un mismo mes, multiplicando el promedio diario de ingresos por el número de días hábiles comerciales. Si bien no existe un concepto de días hábiles mercantiles, a efecto de determinar los plazos fijados por la ley para el cumplimiento de las obligaciones de esa naturaleza, el código de comercio, en el parágrafo 1 del artículo 829 dispone que «los plazos de días señalados en la ley se entenderán hábiles; los convencionales, comunes». Los días comunes son los que conocemos como días calendario, esto es, todos los días: hábiles, domingos y festivos. Los días hábiles son los laborales, esto es, de lunes a sábado, exceptuando los domingos y festivos. En ese entendido, el número de días hábiles comerciales con los que la DIAN efectuó el cálculo se sujetó a los conocidos como días laborales, por lo cual no prospera el cargo. Aduce la recurrente que del cálculo de los ingresos la DIAN debió excluir la factura de venta 68486 del 29 de julio de 2014, por valor de \$102.503.400, por cuanto correspondió a una venta extraordinaria y de muy poca ocurrencia en el establecimiento de comercio. Sobre el particular, se precisa que revisada la facturación de la sociedad, existen otras transacciones representativas en otros días del año, como por ejemplo las facturas 64104 del 24 de febrero de 2014, por valor de \$70.101.995 y VB3541 del 31 de mayo de 2014, por valor de \$227.649.126, entre otras, que muestran que en el establecimiento de comercio se realizan ventas por valores significativos en diferentes fechas del año. No prospera el cargo. No es cierto que la contabilidad de la actora desvirtuó la presunción de la DIAN, pues esta no reflejó de forma clara los hechos económicos del periodo. Al revisar los documentos contables y los movimientos débito y crédito de la compañía, el informe gerencial de ventas y la certificación de la administradora sobre el control de las remisiones, como

lo hizo en su momento la Administración, no se encontró correspondencia entre lo registrado contablemente y los ingresos detectados en las visitas de control. La DIAN advirtió que las operaciones facturadas estaban muy por debajo de las operaciones que diariamente se presentaban en el establecimiento de comercio de la contribuyente, por lo cual, en los actos acusados le recordó a la actora el deber de expedir factura, conforme lo ordena el artículo 615 del ET. Y si bien las presunciones establecidas en el Estatuto Tributario son «presunciones legales» que admiten prueba en contrario, como lo prevé el artículo 761 del ET, le correspondía a la demandante desvirtuar el resultado del control de ventas efectuado por la Administración, lo que no ocurrió en este caso, pues analizadas las pruebas en su conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, no se logró desestimar el hallazgo que dio lugar a la aplicación del artículo 758 del ET. En esta medida, contrario a lo dicho por la apelante, no hay pruebas que permitan desvirtuar la presunción cuestionada, ya que su aplicación, sustentada en el control de los ingresos por ventas durante los días en que se efectuaron las visitas en los meses de julio, agosto, septiembre y octubre de 2014, otorgaron a la Administración elementos de juicio suficientes para concluir que la demandante omitió registrar ingresos, lo que a su vez permitió presumir los ingresos gravados en cabeza de la sociedad, por lo cual procedía la aplicación de la presunción establecida en el artículo 758 del ET, no desvirtuada por la actora. En efecto, conforme se evidencia en el expediente, no desvirtuó los presupuestos en los que se fundó la misma, por lo que procedía la adición discutida.”.

Salvamento de voto de la Consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

PRESUNCIÓN DE INGRESOS POR CONTROL DE VENTAS O INGRESOS GRAVADOS - Presupuestos / PRESUNCIÓN – Naturaleza jurídica / PRESUNCIÓN LEGAL – Presupuestos / PRUEBA EN MATERIA TRIBUTARIA / PLAZO EN MATERIA MERCANTIL / DÍA HÁBIL COMERCIAL – Está ligado al ejercicio efectivo de la actividad económica / DÍA LABORAL – Debe tener en cuenta el horario del establecimiento de comercio / ADICIÓN DE INGRESOS GRAVADOS POR CONTROL DE VENTAS - Legalidad parcial. En el caso, los días que se tomaron como base para el cálculo de la presunción fueron mayores a los laborados en el establecimiento de comercio de la contribuyente, pues no se tuvo en cuenta que los sábados son hábiles solo medio tiempo / BASE DE LA PRESUNCIÓN DE INGRESOS POR CONTROL DE VENTAS O INGRESOS GRAVADOS – No debe incluir ventas extraordinarias o excepcionales

Tesis: “En mi opinión, la Sala en el análisis que realizó no tuvo en cuenta hechos debidamente acreditados que permitían desvirtuar o disminuir el monto de la presunción establecida en el artículo 758 del Estatuto Tributario, “*presunción de ingresos por control de ventas o ingresos gravados*”. La presunción es un juicio lógico que consiste en tener como cierto o probable un hecho, a partir de otro debidamente probado. El artículo 166 del Código General de Proceso señala que las presunciones establecidas por la ley son procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente acreditados. Ahora, de manera general las presunciones establecidas en el ordenamiento tributario son “*presunciones legales*” y por lo tanto admiten prueba en contrario, como lo prevé el artículo 761 del Estatuto. En concordancia, el artículo 742 *ibidem* señala que la determinación de tributos se debe fundar en los hechos que aparezcan probados en el expediente, y son admisibles los medios de prueba aceptados en la legislación fiscal y en el Código General del Proceso. Según lo dispone el artículo 758 del Estatuto Tributario, la presunción de ingresos por control de ventas o ingresos gravados se determina realizando un control de no menos de cinco días continuos o alternados en un mismo mes, multiplicando el promedio diario de ingresos por el número de días hábiles comerciales. La demandante argumentó que se vulneraron los principios de equidad y justicia tributaria en la forma como aplicó el artículo 758 *ibidem*, pues los días efectivamente laborados por la contribuyente son menores a los que se tomaron como base para el cálculo de la presunción, toda vez que, los sábados son hábiles solo medio tiempo. La Sala estableció que el número de días hábiles comerciales con los que la DIAN efectuó el cálculo se sujetaba a los conocidos como días laborales, esto es, de lunes a sábado, argumento que desconoce el horario de atención del establecimiento de comercio, que acreditó el demandante con certificación del representante legal, que no fue controvertida. Además, debe destacarse que el artículo 758 en mención habla del concepto de “*días hábiles comerciales*”, es decir, lo vincula al ejercicio efectivo de la actividad económica, lo que no puede predicarse cuando el establecimiento de comercio está cerrado al público. La demandante también argumentó y probó que del cálculo de los ingresos la DIAN debió excluir la factura de venta 68486 del 29 de julio de 2014, por valor de \$102.503.400, por cuanto correspondió a una venta extraordinaria que solo ocurre tres o cuatro veces al año. Hecho que encuentro probado, porque la misma sentencia al referirse a este aspecto precisó que revisada la facturación de la sociedad, existen transacciones representativas en otros días del año, citando de manera específica solo las facturas 64104 del 24 de febrero de 2014, por valor de \$70.101.995 y VB3541 del 31 de mayo de 2014, por valor de \$227.649.126, lo que acredita que este tipo de ventas por valores significativos son de carácter excepcional y por tanto no deben hacer parte de la base de presunción”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de marzo de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 68001-23-33-000-2017-00441-01 \(24463\).](#)

2. Por desconocer los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de la ley tributaria se anulan los Oficios DIAN 1017 del 3 de julio de 2018 y 756 del 27 de marzo de 2019, referidos al régimen de transición aplicable a la compensación de las pérdidas fiscales generadas antes del 2017 en los impuestos sobre la renta y complementarios y/o sobre la renta para la equidad CREE, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016.

Síntesis del caso: En los Oficios 1017 de 3 de julio de 2018 y 756 de 27 de marzo de 2019, la DIAN consideró que la fórmula prevista en el numeral 5 del artículo 290 del Estatuto Tributario se debe aplicar a todas las pérdidas fiscales generadas antes del 2017, en los impuestos sobre la renta y complementarios y/o sobre la renta para la equidad CREE, que se pretendan compensar luego de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016. La Sala anuló los mencionados Oficios, bajo la consideración de que desconocen los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de la ley tributaria, al pretender aplicar un régimen de transición para periodos gravables en los que dichos impuestos no coexistían, pese a que el referido numeral 5 del artículo 290 del E.T., declarado exequible en forma condicional en la sentencia C-087 de 2019, se previó exclusivamente para las pérdidas producidas por los contribuyentes durante la vigencia simultánea de ambos tributos, esto es, de los periodos fiscales 2013 a 2016, con el fin de garantizar su arrastre, imputación y compensación. En ese sentido, concluyó que a las pérdidas fiscales originadas en los años 2007 a 2012 no se les puede aplicar el régimen de transición previsto en el numeral 5 del artículo 290 del ET, adicionado por el artículo 123 de la Ley 1819 de 2016, razón por la que esas pérdidas se deben compensar en su totalidad al no estar limitadas a la fórmula prevista en la norma en comento.

LEY 1819 DE 2016 - Unificación de los impuestos sobre la renta y complementarios y sobre la renta para la equidad CREE. Régimen de transición / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES ANTERIORES A 2017 - Régimen de transición por entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016 / COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES ANTERIORES A 2017 – Alcance y finalidad del numeral 5 del artículo 290 del Estatuto Tributario. Exequibilidad condicionada / OFICIOS DIAN 1017 DE 2018 Y 756 DE 2019 – Ilegalidad. Desconocimiento de principios de seguridad jurídica e irretroactividad de la ley tributaria

Problema jurídico: ¿Los Oficios 756 de 27 de marzo de 2019 y 1017 de 3 de julio de 2018, proferidos por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN desconocen el numeral 5 del artículo 290 del Estatuto Tributario y, por consiguiente, los principios de irretroactividad, seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, al determinar que la fórmula prevista es esa disposición se debe aplicar para compensar todas las pérdidas fiscales generadas antes de 2017 en el impuesto sobre la renta y complementarios y en el impuesto sobre la renta para la equidad (CREE)?

Tesis: “Es de resaltar que con la Ley 1819 de 2016, el legislador unificó los impuestos sobre la renta y sobre la renta para la equidad -CREE, y de acuerdo con la exposición de motivos de esta disposición normativa, lo que se pretendió fue definir unas reglas claras de transición respecto de las pérdidas fiscales, los excesos de renta presuntiva y los saldos a favor que se originaron cuando coexistieron ambos impuestos. El numeral 5 del artículo 290 del ET, adicionado por el artículo 123 de la Ley 1819 de 2016, estableció la fórmula para determinar las pérdidas fiscales generadas antes del año 2017 en el impuesto sobre la renta y complementarios y en el impuesto sobre la renta para la equidad CREE, para efecto de ser compensadas

(...) En la sentencia C-087 de 2019, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del numeral 5 del artículo 290 del ET, adicionado por el artículo 123 de la Ley 1819 de 2016, en el entendido de que las pérdidas fiscales originadas y no compensadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, sí pueden ser objeto de reajustes fiscales hasta el 31 de diciembre de 2016, pero no podrán serlo las pérdidas fiscales causadas a partir del año 2017 y las acumuladas hasta el 31 de diciembre de 2016. Así mismo, el Alto Tribunal reiteró que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima son desarrollo del principio de irretroactividad en materia tributaria. Con relación a la confianza legítima (sic) señaló que este se deriva del principio constitucional de buena fe, según el cual el Estado no puede de manera súbita cambiar las reglas del juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que medie un periodo de transición que permita que el particular ajuste su actuar a las nuevas disposiciones. Dentro de sus consideraciones, la Corte Constitucional hizo las siguientes aseveraciones que se relacionan con el presente asunto: *“Como consecuencia de la reunificación del impuesto a la renta y del impuesto CREE y la fijación de la tarifa, la mencionada normativa introdujo un régimen de transición para la compensación de las pérdidas fiscales acumuladas hasta el 31 de diciembre de 2016. El propósito se orientó a que las pérdidas fiscales declaradas en el impuesto de Renta y en el CREE, se compensaran con las rentas líquidas del impuesto a la renta unificado. Así, el numeral 5 del artículo 290 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 123 de la Ley 1819 de 2016, establece la fórmula aplicable a las pérdidas fiscales acumuladas al 31 de diciembre de 2016 reportadas para ambos impuestos. Con ella, se efectúa una ponderación de las pérdidas fiscales generadas en cada uno de los impuestos teniendo en cuenta su propia tarifa, las cuales se pueden compensar con las rentas líquidas ordinarias determinadas en los años gravables 2017 y siguientes. La fórmula define cuánto representa la tarifa del 9% del CREE y el 25% del impuesto a la renta, sobre la tarifa unificada del 34%, vigente para el año 2017 y siguientes. (...) Con esta iniciativa legislativa, el Gobierno Nacional tuvo en cuenta que las sociedades contaban con pérdidas fiscales tanto en el impuesto a la renta como en el CREE, así como la necesidad de conservar el ahorro fiscal de los contribuyentes generados por la compensación de las pérdidas fiscales de ambos impuestos no compensadas al 31 de diciembre de 2016, garantizando que este ahorro no se perdería como consecuencia de la reunificación de los impuestos.”* (Los subrayados no son del texto) De lo anterior se concluye que el régimen de transición establecido en el artículo 290 del Estatuto Tributario, en relación con las pérdidas fiscales, corresponde a aquellas sufridas por los contribuyentes durante la vigencia simultánea del impuesto sobre la renta y el impuesto sobre la renta para la equidad CREE. Sobre la aplicación de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 290 del ET, adicionado por el artículo 123 de la Ley 1819 de 2016, la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN resolvió las siguientes consultas: *«1. ¿Las rentas fiscales determinadas o liquidadas en el impuesto sobre la renta por los años gravables 2007 a 2012, bajo el régimen existente antes de la vigencia del CREE, deben tener en cuenta para la aplicación de la regla de pérdidas fiscales del régimen de transición establecida en el numeral 5° del artículo 290 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 123 de la Ley 1819 de 2016? 2. ¿Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios por los años gravables 2013 a 2016, pero que no fueron sujetos pasivos del CREE durante citado lapso, deben aplicar la regla del régimen de transición establecida en el numeral 5° del artículo 290 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 123 de la Ley 1819 de 2016?»*. Mediante el Oficio No. 1017 del 3 de julio de 2008, la DIAN precisó que el numeral 5° del artículo 290 del Estatuto Tributario expresamente señaló que aplica para todas las pérdidas fiscales generadas antes del año 2017. Luego, fue solicitada la reconsideración del anterior concepto, que fue resuelta mediante Oficio No. 756 del 27 de marzo de 2019. En ese oficio la DIAN sostuvo que el numeral 5° del artículo 290 del Estatuto Tributario dispuso que su objeto es regular las pérdidas fiscales generadas antes del 2017 en el impuesto sobre la renta y complementarios y/o en el CREE que los contribuyentes pretendan compensar con posterioridad. Por lo tanto, concluyó que debe confirmarse el Oficio Nro. 1017 de 2018 con base en los criterios de interpretación gramatical, sistemático y contextual. Se advierte que los oficios antes mencionados, que aquí se cuestionan, desconocen los principios de irretroactividad y seguridad jurídica, toda vez que el numeral 5 del artículo 290 del E.T. fue previsto exclusivamente para las pérdidas producidas durante la vigencia simultánea del impuesto sobre la renta y el CREE (2013 a 2016) y no para las pérdidas fiscales anteriores al año 2012. Lo anterior, por cuanto la voluntad del legislador fue garantizar el arrastre, la imputación y la compensación de las pérdidas fiscales obtenidas por los contribuyentes durante la vigencia de ambos impuestos, es decir, aquellas pérdidas de las vigencias fiscales 2013 a 2016. De manera que la interpretación realizada por la DIAN en los oficios demandados viola el principio de irretroactividad al pretender aplicar un régimen de transición para los años 2012 y anteriores, periodos en los que no coexistían los impuestos de renta y CREE en nuestro ordenamiento jurídico, siendo que el objeto del régimen de transición contemplado en la norma no es otro que regular el tratamiento fiscal que tendrían las pérdidas generadas en el impuesto de renta cuando existía el CREE luego de la unificación de ambos tributos. Bajo las anteriores precisiones, no resulta viable considerar que las pérdidas fiscales que se generaron antes de la entrada en vigencia del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE - tengan que someterse a una limitación o a un régimen de transición con las de otro impuesto como el CREE que no existía en el momento de generarse. Además, como lo señaló la Universidad Externado de Colombia en el concepto presentado en este proceso, *“si bien no podría afirmarse que existía un derecho absoluto para las pérdidas generadas hasta 2012, sí puede aseverarse que las mismas se encontraban*

consolidadas y, por tanto, no pueden limitarse o mezclarse con pérdidas generadas por impuestos con las que no convivieron". En esas condiciones, a las pérdidas fiscales originadas en los años 2007 a 2012 no puede aplicarse el régimen de transición al que hace referencia el numeral 5 del artículo 290 del ET, adicionado por el artículo 123 de la Ley 1819 de 2016. Razón por la que esas pérdidas deben compensarse en su totalidad, ya que no están limitadas a la fórmula prevista en la norma en comento. En consecuencia, procede la declaratoria de nulidad de los Oficios Nos. 756 de 27 de marzo de 2019 y 1017 de 3 de julio de 2018, proferidos por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la UAE- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 30 de junio de 2022, C. P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2021-00008-00 \(25444\).](#)

3. La Sala precisa cuál es el procedimiento para la recuperación del IVA pagado sobre bienes excluidos a la luz del numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario.

Síntesis del caso: Se confirmó la sentencia que anuló los actos administrativos en los que la DIAN modificó la liquidación oficial de corrección del impuesto sobre las ventas que la actora presentó por el bimestre 3 del año 2010, en el sentido de desconocer la suma que registró en el renglón 55 «IVA resultante por devoluciones en ventas anuladas, rescindidas o resueltas», lo que derivó en la disminución del saldo a favor autoliquidado que se había trasladado a las declaraciones de los bimestres 4 y 5 del mismo año. Para la Sala, contrario a lo que consideró la DIAN en los actos acusados, el procedimiento que aplicó la actora para solicitar el IVA descontable que debía reintegrar en virtud de la exclusión prevista en el numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario, se ajustó a la legalidad. Lo anterior, dado que, en casos como el examinado, en los que la certificación del Ministerio del Medio Ambiente que acredita la destinación de los equipos y elementos nacionales o importados a la construcción, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo ambiental en orden a hacer efectiva la exclusión, se obtiene con posterioridad a la compraventa de tales elementos, el responsable del IVA no estaría obligado a corregir las declaraciones presentadas en los períodos en los que efectuó las enajenaciones y en las que registró el IVA generado, como lo pretendía la DIAN, porque dichas declaraciones no contienen un error o inexactitud susceptible de enmendarse, en razón de que los bienes tenían la calidad de gravados, connotación que solo se modificó con la obtención de la referida certificación. La Sala señaló que como el reconocimiento de la calidad de excluidos de los bienes está condicionado a la certificación del ministerio, es a partir de ese momento que pueden ser reclamados como excluidos, de modo que la obtención de la certificación constituye un hecho sobreviniente, cuyos efectos (ajuste del impuesto sobre las ventas) se deben reconocer en el período en el que ocurre el hecho que, para el caso, sería la solicitud al responsable de IVA que presenta el adquirente de los bienes, soportado en la respectiva certificación. Indicó que la situación se asimila a los eventos de devolución o anulación de una operación, circunstancias que al ocurrir con posterioridad a la operación gravada, dan lugar a que los ajustes del IVA se efectúen en el período en el que se presentan, sin que haya lugar a corregir la declaración en la que se registró el IVA generado por la venta del producto devuelto, porque no existe algún error que se deba enmendar. Concluyó que, en la medida que la afectación del IVA generado en una operación se derive de una situación sobreviniente (v.g. anulación, devolución, rescisión o cambio de la condición fiscal de un determinado bien o servicio) y no de un error en la liquidación privada, no habría lugar a la corrección de la declaración y que el respectivo ajuste se tendría que reflejar en la declaración del período de su ocurrencia. Al respecto la Sala reiteró que, como lo ha hecho en oportunidades anteriores al analizar la exclusión del IVA bajo análisis, debe primar el derecho sustancial y la materialización del derecho a la exclusión del IVA prevista en el numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario, así como el principio de justicia.

CORRECCIÓN DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS - Presupuesto de hecho. Supone que el administrado cometió errores al autoliquidar los tributos a su cargo / PROCEDIMIENTO PARA LA CORRECCIÓN DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS /

BIENES EXCLUIDOS DEL IVA – Equipos y elementos nacionales o importados destinados al sistema de control y monitoreo ambiental / EXCLUSIÓN DEL IVA SOBRE EQUIPOS Y ELEMENTOS NACIONALES O IMPORTADOS DESTINADOS AL SISTEMA DE CONTROL Y MONITOREO AMBIENTAL – Condiciones. Reiteración de jurisprudencia / CERTIFICACIÓN DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE SOBRE LA DESTINACIÓN DE LOS EQUIPOS Y ELEMENTOS NACIONALES O IMPORTADOS AL SISTEMA DE CONTROL Y MONITOREO AMBIENTAL PARA LA EXCLUSIÓN DEL IVA - Finalidad y alcance / CERTIFICACIÓN DEL MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE SOBRE LA DESTINACIÓN DE LOS EQUIPOS Y ELEMENTOS NACIONALES O IMPORTADOS AL SISTEMA DE CONTROL Y MONITOREO AMBIENTAL PARA LA EXCLUSIÓN DEL IVA - Expedición y validez / DEVOLUCIÓN AL ADQUIRENTE DEL IVA PAGADO SOBRE BIENES EXCLUIDOS – Improcedencia de la corrección de las declaraciones de IVA presentadas en los periodos en los que se efectuó la enajenación cuando la certificación del Ministerio del Medio Ambiente sobre la destinación de los elementos y equipos al sistema de control y monitoreo ambiental se obtiene con posterioridad a la compraventa de los mismos / AJUSTE DEL IVA POR ANULACIÓN, DEVOLUCIÓN, RESCISIÓN O CAMBIO DE LA SITUACIÓN FISCAL DE UN BIEN O SERVICIO – Oportunidad. Los ajustes se deben reconocer y efectuar en el periodo en el que se presentan o en el que ocurre el hecho que los genera / PROCEDIMIENTO APLICABLE PARA LA RECUPERACIÓN DEL IVA PAGADO SOBRE BIENES EXCLUIDOS

Problema jurídico: *¿Se utilizó en debida forma el procedimiento aplicable para ajustar el IVA pagado en la adquisición de bienes excluidos de IVA, en virtud del numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario?*

Tesis: “La legislación tributaria consagra el procedimiento para enmendar las inexactitudes cometidas por el contribuyente o responsable al elaborar su declaración privada. Así, las rectificaciones de errores de las que se derivaba un mayor valor a pagar o un menor saldo a favor se regulan por el artículo 588 del estatuto Tributario y podían ser efectuadas, para la época de los hechos, dentro de los 2 años siguientes del vencimiento para declarar. Por su parte, la corrección de errores en las que se disminuía el valor a pagar o aumentaba el saldo a favor, se regulan por el artículo 589 del Estatuto Tributario y podían ser efectuadas dentro del año siguiente al vencimiento del plazo para declarar, previo proyecto de corrección. A partir de ello, la Sección ha señalado que el mecanismo de la corrección de los denuncios privados parte de un supuesto de hecho común: que el administrado cometió errores al autoliquidar los tributos a su cargo. En ese sentido, si el contribuyente o responsable no incurre en yerro alguno al autoliquidar la obligación tributaria no existe el presupuesto de hecho que da lugar a utilizar los mecanismos antes descritos. Una vez precisado lo anterior, resulta menester remitirnos a las condiciones para acceder a la exclusión del IVA previstas en el numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario, así: «ARTÍCULO 424-5. *Quedan excluidos del impuesto sobre las ventas los siguientes bienes: (...) 4. Los equipos y elementos nacionales o importados que se destinen a la construcción, instalación, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo, necesarios para el cumplimiento de las disposiciones, regulaciones y estándares ambientales vigentes, para lo cual deberá acreditarse tal condición ante el Ministerio del Medio Ambiente*». A partir de esto, ha precisado esta Sección que para que proceda este beneficio, es necesario que se cumplan las siguientes tres condiciones: «1. *Que se trate de equipos y elementos nacionales o importados destinados a la construcción, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo ambiental. 2. Que sean necesarios para el cumplimiento de las disposiciones, regulaciones y estándares ambientales vigentes. 3. Que se acredite su destinación mediante la certificación expedida por el Ministerio de Ambiente*». A estos efectos, el artículo 3 del Decreto 2532 de 2001, reglamentario de la disposición, establece que el Ministerio del Medio Ambiente certificará en cada caso los equipos o elementos destinados a la construcción, instalación, montaje y operación de sistema de control y monitoreo para el cumplimiento de los estándares ambientales. Según el artículo 9 ibídem, dicha certificación constituye el soporte de la operación excluida del impuesto sobre las ventas y, por lo mismo, los vendedores de los bienes objeto de certificación, deben conservar copia. Esta Corporación, en sentencia del 25 de noviembre de 2004 (exp. 13533, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié), reiterada, entre otras, en las sentencias del 23 de abril de 2009 (exp. 16269, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas) y del 28 de noviembre de 2013 (exp. 18539, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez), estableció que no se deduce de precepto legal alguno que la certificación que debe expedir el Ministerio de Medio Ambiente no pueda ser presentada y, a su vez, recibida en etapa posterior (...) Nótese que, aunque el análisis de la sentencia que antecede se centró en la procedencia de la exclusión del IVA cuando la certificación del Ministerio del Medio Ambiente es expedida con posterioridad a la importación de los elementos y equipos de que trata el numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario, lo cierto es que «esta misma conclusión es aplicable a los casos en los que las compras se realicen en el territorio nacional en la medida en que el soporte jurídico es el mismo». En línea con lo expuesto, en esta oportunidad, la Sala también precisa que no existe norma de orden legal o reglamentaria que exija que la certificación del Ministerio del Medio Ambiente deba ser solicitada antes de la venta o importación de los

bienes de que trata el artículo 424-5 del Estatuto Tributario o de manera concomitante a la realización de esas operaciones. De manera que la administración no puede exigir esta condición. Se tiene, entonces, que hasta que no se obtenga la certificación del Ministerio del Medio Ambiente, los bienes de que trata el numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario tienen el carácter de gravados con el impuesto sobre las ventas y, por lo tanto, el vendedor responsable deberá generar, recaudar, declarar y consignar el impuesto. Empero, comoquiera que el adquirente de los bienes puede obtener la certificación con posterioridad a la venta y, con ello, acceder a la exclusión, es necesario establecer si, en esos casos, el responsable está obligado a corregir las declaraciones presentadas en aras de devolverle al adquirente o sujeto pasivo económico el IVA pagado. Pues bien, en casos como el que se cuestiona, cuando la certificación del Ministerio del Medio Ambiente se obtiene con posterioridad a la compraventa de los elementos y equipos de que trata el numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario, considera la Sala que el responsable del IVA no estaría obligado a corregir las declaraciones presentadas en los períodos en los que efectuó las correspondientes enajenaciones, comoquiera que las declaraciones en las cuales generó el IVA no contienen un error o inexactitud susceptible de enmendarse, puesto que los correspondientes bienes tenían la calidad de gravados, connotación que solo se modificó con la obtención de la certificación del ministerio. No puede perderse de vista que el reconocimiento de la calidad de excluidos de los bienes se encuentra condicionado a la certificación del ministerio. Por consiguiente, es a partir de ese momento que pueden ser reclamados como excluidos. Dicho de otra forma, la obtención de la certificación constituye un hecho sobreviniente, cuyos efectos (ajuste del impuesto sobre las ventas) deben reconocerse en el período en el que ocurre el hecho que, para el caso, sería la solicitud al responsable de IVA que presenta el adquirente de los bienes, soportado en la respectiva certificación. La situación es asimilable a los eventos de devolución o anulación de una operación, circunstancias que por ocurrir con posterioridad a la operación gravada, los ajustes del impuesto sobre las ventas deben ser efectuados en el período en el que se presentan, no comportan la obligación de corregir la declaración en la que se registró el IVA generado por la venta del producto devuelto, justamente porque no se presenta un error susceptible de ser enmendado o corregido. No se corrige lo que se declaró correctamente. Así, en la medida que la afectación del IVA generado en una operación se derive de una situación sobreviniente (v.g. anulación, devolución, rescisión o cambio de la condición fiscal de un determinado bien o servicio) y no de un error en la liquidación privada, no habría lugar a la corrección de la declaración. El correspondiente ajuste tendría que ser reflejado en la declaración del período de su ocurrencia. No le asiste entonces razón a la administración al exigir que la actora corrigiera las declaraciones correspondientes a los períodos en los que se efectuaron las operaciones de compraventa, en tanto, el IVA declarado no fue erróneo, no se derivó de un error o inexactitud, sino de la situación tributaria aplicable a los bienes antes de que el adquirente obtuviera la certificación del Ministerio. Así, resulta irrelevante el hecho de que las compraventas se hubiesen realizado desde el año 2007, pues como lo ha dicho la Sala, la certificación podía ser aportada con posterioridad a la realización de las operaciones. Adicionalmente al requerir la DIAN la corrección de las declaraciones correspondientes a los períodos en los que fueron realizadas las operaciones, implícitamente condiciona la efectividad de la exclusión del IVA prevista en el numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario a que el adquirente de los bienes le allegue al responsable la certificación del Ministerio del Medio Ambiente dentro del término del artículo 589 *ibidem* para corregir las declaraciones, requerimiento que no está previsto en la ley ni en el reglamento y cuyo cumplimiento, además, no depende del responsable, sino del adquirente o sujeto pasivo económico, que es finalmente quien goza del beneficio tributario. Pues bien, en el *sub examine*, no es objeto de discusión la exactitud, existencia o realidad de los \$1.282.415.000 que la actora registró en el renglón 55 «IVA resultante por devoluciones en ventas anuladas, rescindidas o resueltas» de la declaración del impuesto sobre las ventas del 3 bimestre del año 2010 y que dio lugar a un mayor saldo a favor en ese período. Tampoco se debate que ese valor corresponda al IVA pagado en la venta de bienes excluidos, a la luz del numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario, cuya venta se verificó en los bimestres 1 a 5 del año 2007, 3, 4 y 6 del año 2008 y 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del año 2009. Con fundamento en todo lo anterior, encuentra la Sala procedente el ajuste del IVA efectuado por la actora en el período en el cual le fue solicitada la devolución del IVA sustentada en el correspondiente certificado expedido por el Ministerio (bimestre 3 del 2010) que, para este caso, constituía el hecho sobreviniente. Sumado a lo expuesto, la Sala considera que, al igual que lo ha hecho en oportunidades anteriores al analizar la exclusión del IVA bajo análisis, debe primar el derecho sustancial y la materialización del derecho a la exclusión del IVA prevista en el numeral 4 del artículo 424-5 del Estatuto Tributario, así como el principio de justicia. En atención a lo expuesto, la Sala confirmará el ordinal primero de la sentencia apelada, que declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.”.

Salvamento de voto del Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

VIOLACIÓN DE LAS REGLAS DE CAUSACIÓN DEL IVA / VIOLACIÓN DE LA OPORTUNIDAD DE CORRECCIÓN DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS QUE DISMINUYAN EL VALOR A PAGAR O AUMENTEN EL SALDO A FAVOR – Configuración / CAUSACIÓN DE LA EXENCIÓN TRIBUTARIA / EXCLUSIÓN DEL IVA SOBRE EQUIPOS Y ELEMENTOS NACIONALES O IMPORTADOS DESTINADOS AL SISTEMA DE CONTROL Y

MONITOREO AMBIENTAL – Causación / CAUSACIÓN DE LA DESGRAVACIÓN ROGADA / RECONOCIMIENTO DE LA EXCLUSIÓN DEL IVA SOBRE EQUIPOS Y ELEMENTOS NACIONALES O IMPORTADOS DESTINADOS AL SISTEMA DE CONTROL Y MONITOREO AMBIENTAL EN LA DECLARACIÓN DE PERIODOS DISTINTOS AL DE LA CAUSACIÓN DEL TRIBUTO - Ilegalidad / PROCEDIMIENTO PARA LA RECUPERACIÓN DEL IVA PAGADO SOBRE BIENES EXCLUIDOS / RENGLON 55 IVA RESULTANTE POR OPERACIONES ANULADAS, RESCINDIDAS O RESUELTAS - Objeto / REGISTRO DE EXCLUSIONES DE IVA CAUSADAS PERO NO DECLARADAS EN PERIODOS ANTERIORES EN EL RENGLON 55 IVA RESULTANTE POR OPERACIONES ANULADAS, RESCINDIDAS O RESUELTAS DE LA DECLARACIÓN DEL IVA – Infracción del artículo 484 del Estatuto Tributario y de las reglas de determinación del impuesto a cargo o del saldo a favor que prevé el Título VII Libro III ibídem / DEVOLUCIÓN DE IVA REPERCUTIDO INDEBIDAMENTE O EN EXCESO – Inexistencia de marco normativo procedimental. Omisión legislativa

Tesis: “En el proceso de la referencia se estudió la legalidad de los actos administrativos de revisión de impuestos que modificaron la liquidación oficial de corrección del demandante por el 3.º bimestre de IVA de 2010, en el sentido de rechazar la suma que registró en el renglón 55 «*IVA resultante por operaciones anuladas, rescindidas o resueltas*». Estimó la autoridad que no era procedente incluir en dicho renglón 55 las operaciones excluidas que se causaron en otros bimestres como gravadas —pero que en realidad estaban excluidas—, de manera que, según consideró la demandada, la actora debió corregir las respectivas liquidaciones privadas bimestrales de los años 2007, 2008 y 2009 en las que declaró el IVA generado y, en su lugar, registrar las correspondientes ventas excluidas, tomando en consideración el momento de causación de la venta desgravada, que no adelantar la modificación de una liquidación privada totalmente ajena al momento de causación del IVA y en ella hacer valer la exclusión del impuesto en la casilla que corresponde a las operaciones que se anulan, rescinden o resuelven. El criterio mayoritario de la Sala avaló que la demandante podía corregir una declaración tributaria de IVA distinta (*i.e.* la del bimestre 3.º de 2010) a la que correspondía a la fecha de causación del impuesto por cada operación de venta (*i.e.* correspondientes a distintos bimestres de los años 2007, 2008 y 2009), por cuanto la certificación que avalaba la venta excluida fue obtenida con posterioridad a los momentos de causación del IVA por las operaciones inicialmente declaradas como gravadas. Por ello, juzgó mayoritariamente la Sala que correspondía descontar en el mencionado renglón 55, «*IVA resultante por operaciones anuladas, rescindidas o resueltas*», del bimestre 3.º de 2010, el monto del IVA excluido asociado a la operación que se había declarado como gravada en el periodo correspondiente al momento de causación. En lo que a mí respecta, discrepo de esa decisión de la Sala, porque el criterio adoptado contraviene las reglas de causación del IVA —como también las de declaración— y desatiende la oportunidad para realizar las correcciones del artículo 589 del ET y las normas de determinación de la deuda tributaria por IVA, de acuerdo con las consideraciones que paso a exponer. 1- La causación de las exenciones (género del que también hace parte aquella exención sin derecho a descontables, a la cual se le denomina «*exclusión*» en impuesto sobre las ventas colombiano) ocurre en el mismo momento de la realización del respectivo hecho imponible. Así, el momento del devengo de una exclusión del IVA coincide temporalmente con la realización del respectivo hecho generador del mismo impuesto que grava la operación. Por consiguiente, la exclusión del IVA preceptuada en el ordinal 4.º del artículo 424-5 del ET, para equipos y elementos que se destinen a la construcción, instalación, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo, tiene como momento de causación el mismo del impuesto, ya sea por la venta o importación de tales bienes, conforme a las reglas del artículo 429 del ET. Esa particularidad del aspecto temporal del hecho generador, y su aspecto negativo delimitado por la exención, impide que las exclusiones pretendidas por la demandante se puedan registrar en declaraciones de periodos ajenos al del momento de causación según los preceptos del artículo 429 del ET. A partir de esa razón sustancial, no es posible admitir que los sujetos pasivos del IVA se valgan de periodos de declaración posteriores al del momento de causación para aplicar desgravaciones sobre impuestos ya causados. 2- La simultaneidad temporal entre el hecho generador y la exención se mantiene incluso en las denominadas desgravaciones «*rogadas*», pues el reconocimiento, certificado o acreditación, que expida la autoridad competente para el efecto, no es constitutivo sino declarativo; pues la exención (sin derecho a impuestos descontables, o exclusión) operó *ab initio*, aunque los requisitos se comprueben con posterioridad por una autoridad administrativa o judicial. Por lo cual, la exclusión alegada por la demandante se causó en los momentos señalados por el artículo 429 del ET, y no cuando se expidió la certificación que verificó el cumplimiento de los requisitos la exclusión del ordinal 4.º del artículo 424-5 del ET. Atendiendo a esta premisa, estimo que aceptar el reconocimiento de las exclusiones reclamadas por la demandante en el bimestre 3.º de 2010 desconoce el aspecto temporal del hecho generador del IVA, pues las ventas excluidas se causaron en momentos previos (correspondientes a las declaraciones de los bimestres de los años 2007, 2008 y 2009). 3- Consecuentemente, la vía para aplicar la exclusión del ordinal 4.º del artículo 424-5 del ET, pretendida por la demandante, implicaba corregir las respectivas declaraciones que coincidieron con el momento de causación de cada una de las ventas excluidas (en los años 2007, 2008 y 2009), a fin de disminuir el IVA generado y registrar el IVA

excluido del caso, siempre dentro de los términos de corrección y bajo los demás requisitos que para la época de los hechos disponía el artículo 589 del ET. 4- Además de lo anterior, observo que la contribuyente del IVA utilizó el renglón 55, «IVA resultante por operaciones anuladas, rescindidas o resueltas», para registrar el monto del IVA que en las declaraciones privadas correspondientes no declaró como excluido, y así, finalmente, aplicar la exclusión debatida; todo porque esa señalada casilla del formulario disminuye la deuda tributaria cuantificada en la declaración. Pero, contrariamente a esa forma de actuar, sucede que dicho renglón de la declaración materializa el contenido normativo del artículo 484 del ET, disposición de acuerdo con la cual el IVA asociado a las operaciones anuladas, rescindidas o resueltas disminuye el IVA a pagar liquidado en la declaración. En esa medida, utilizar la referida casilla para registrar exclusiones causadas, pero no declaradas en periodos anteriores, infringe el artículo 484 y las reglas de determinación del impuesto a cargo o del saldo a favor que prevé el Título VII Libro III del ET, aspecto que no fue tenido en cuenta en la providencia. 5- Con todo, sea esta la oportunidad para expresar que casos como el juzgado evidencian la ausencia de un marco normativo que se ocupe de las distintas vicisitudes que se puedan presentar con motivo de la repercusión indebida o en exceso, en las estructuras impositivas indirectas. Lamentablemente, esa omisión legislativa deja a los sujetos repercutidos desprovistos de mecanismos procedimentales para obtener la devolución de sumas que el sujeto pasivo de los impuestos indirectos les haya trasladado de manera indebida o en exceso, como ocurrió en los hechos *sub examine*”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de mayo de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 05001-23-33-000-2014-01103-01 \(24155\).](#)

4. El derecho de acceso a tiendas físicas y virtuales por el pago de la membresía a un club de compras no constituye un servicio gravado con IVA.

Síntesis del caso: *Se anuló el Concepto 100208221-494 del 29 de abril de 2020, en el que la DIAN concluyó que el pago por la membresía a un club de compras está gravado con IVA. Para la Sala, el derecho de acceso a tiendas físicas y virtuales por el pago de la membresía no constituye un servicio gravado con IVA, porque en virtud de la membresía no se desarrolla una actividad, labor o trabajo, sino que solo se retribuye un derecho, supuesto que no está legalmente previsto como hecho generador del impuesto sobre las ventas.*

HECHO GENERADOR DEL IVA / PAGO DE MEMBRESÍA A UN CLUB DE COMPRAS - Naturaleza jurídica / DEFINICIÓN DE SERVICIO PARA EFECTOS DEL IVA / PAGO DE MEMBRESÍA A UN CLUB DE COMPRAS – Derecho de acceso a tiendas físicas y virtuales / DERECHO DE ACCESO A TIENDAS FÍSICAS Y VIRTUALES POR PAGO DE MEMBRESÍA A UN CLUB DE COMPRAS – No constituye un servicio gravado con IVA, porque en virtud de la membresía no se desarrolla una actividad, labor o trabajo, sino que solo se retribuye un derecho / HECHOS NO GRAVADOS CON IVA - No taxatividad / PAGO DE MEMBRESÍA PARA EFECTOS DEL IVA - Análisis en cada caso concreto

Problema jurídico: *¿La membresía a un club de compras constituye un derecho y, por lo tanto, no está gravado con IVA o es un servicio gravado con IVA?*

Tesis: “[E]s preciso tener en cuenta que el literal b) del artículo 420 del Estatuto Tributario establece que está gravado con IVA «la venta o cesiones de derechos sobre activos intangibles, únicamente asociados con la propiedad industrial», por su parte, el literal c) *ibidem* determina como hecho generador del gravamen «La prestación de servicios en el territorio nacional». A estos efectos, el artículo 1º del Decreto 1372 de 1992, incorporada en el artículo 1.3.1.2.1 del Decreto 1625 de 2016 define servicios como «toda actividad, labor o trabajo prestado por una persona natural o jurídica, o por una sociedad de hecho, sin relación laboral con quien contrata la ejecución, que se concreta en una obligación de hacer, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie, independientemente de su denominación o forma de remuneración». Para dilucidar el aspecto debatido, se partirá de destacar que, la consulta formulada a la DIAN y que ocupa la atención de la Sala, propuso una hipótesis concreta: que el pago de la membresía únicamente otorgaba el «derecho de acceso a tienda física y virtuales». Resulta este hecho especialmente relevante para decidir el caso bajo examen en la medida que bajo este concreto supuesto, el pago de la membresía no retribuye una obligación de hacer por parte del club de compras, sino el derecho a ingresar al sitio donde se ofertan los respectivos bienes, lo cual no se enmarcaría dentro del hecho generador del IVA bajo el concepto de servicios, habida consideración de que en virtud de la membresía, no se desarrolla una «actividad, labor o trabajo»,

presupuestos indispensables para que se configure un servicio. Así, bajo el estricto supuesto consultado, la membresía sólo retribuye un derecho, lo cual no se encuentra previsto como hecho generador del impuesto sobre las ventas. Finalmente es de observar que, para resolver la consulta formulada, el concepto acusado se limitó a transcribir el artículo 1.3.1.13.5 del Decreto 1625 de 2016 (...) Sobre este particular debe advertirse que, esta norma reglamentaria solo reguló los conceptos asimilables a aportes de capital, que en tal carácter, no se gravarían con IVA, lo que no significa que, lo no regulado allí, se encuentre gravado pese a no enmarcarse dentro del hecho generador del IVA. Resultaría un imposible jurídico regular los hechos no gravados por resultar ajenos al ámbito de aplicación del IVA. Por lo expuesto, se declarará la nulidad del Concepto Nro. 100208221-494 del 29 de abril de 2020. Con todo, es del caso advertir que, como en esta oportunidad sólo se realiza el control abstracto de legalidad del acto acusado respecto de una hipótesis concreta: «*derecho de acceso a tienda física y virtuales*», se precisa analizar en cada caso, el alcance y contenido de una “membresía”; la sola denominación, no determina por sí sola que se trate de un derecho no gravado con IVA.”.

Salvamento de voto del Consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

CONCEPTO DIAN 100208221-494 DEL 29 DE ABRIL DE 2020 – Alcance. Por sí mismo no contrariaba el ordenamiento jurídico, dado que se limitó a transcribir o reproducir el artículo 1.3.1.13.5 del Decreto 1625 de 2016, sin calificar si la operación consultada estaba gravada ni valorar si tenía la connotación de un servicio / PAGO DE MEMBRESÍA A UN CLUB DE COMPRAS - Naturaleza jurídica y alcance / PAGO DE MEMBRESÍA A UN CLUB DE COMPRAS – Derecho de acceso a tiendas físicas y virtuales / DERECHO DE ACCESO A TIENDAS FÍSICAS Y VIRTUALES POR PAGO DE MEMBRESÍA A UN CLUB DE COMPRAS – Constituye un servicio gravado con IVA, porque implica una obligación de hacer / CONCEPTO DIAN 100208221-494 DEL 29 DE ABRIL DE 2020 - Legalidad

Tesis: “Me aparté de la nulidad que mayoritariamente acogió la Sala por las siguientes razones: 1- El documento sometido al juicio de esta Sección, en lugar de efectuar análisis o interpretaciones, se limitó a transcribir el artículo 1.3.1.13.5 del Decreto 1625 de 2016, disposición que enlista las cuotas de afiliación o de sostenimiento que no están gravadas con el IVA debido a que «*se entienden como aportes de capitales*»; tras lo cual señaló que las cuotas de afiliación o de sostenimiento no referidas sí estarían gravadas. Aunque sea censurable que por esa vía el concepto acusado se abstuviera de atender la específica consulta formulada a la autoridad (relativa a la sujeción al IVA de los pagos hechos a un «*club de compras*» a título de membresías), es claro que el contenido de ese documento no contrariaba por sí mismo el ordenamiento, dado que apenas era una reproducción de una norma, sin calificar si la operación consultada estaba gravada, ni valorar si tenía la connotación de un servicio, pues le trasladaba, de vuelta, toda la labor interpretativa a la consultante. 2- Pero, por otra parte, desde un aspecto sustancial, lo que observo es que la actividad por la cual se le preguntó a la entidad demandada sí se enmarca dentro de una prestación de servicio en el ámbito del IVA. En mi criterio, el ofrecimiento de una membresía que le permita al cliente acceder a un mercado particular de bienes, que cuente con mejores precios o en el que se oferten productos con características específicas, sí realiza el hecho generador del tributo porque implica una obligación de hacer. En términos exactos, el establecimiento que vende ese tipo de membresías debe obtener acceso a precios y productos especiales, o a mejores condiciones de compra, para ponerlos a disposición de sus clientes; así, al pagar la membresía, el cliente no adquiere simplemente el «*derecho de acceso a tienda física y virtuales*», sino que está remunerando la actividad desplegada por el establecimiento tendente a construir un mercado que ofrece productos, precios o condiciones de compra particulares, que no están presentes por fuera de dicho mercado. De ahí que las obligaciones del vendedor no se agoten en permitir el acceso de personas a su establecimiento, sino que implican ejecutar actividades comerciales que tienen por objeto poner a disposición de los «*miembros*» un mercado que cumpla con las características y beneficios ofertados.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 16 de junio de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-27-000-2020-00028-00 \(25410\).](#)

5. En el contrato de mandato corresponde al mandante registrar en su declaración de renta las retenciones soportadas por el mandatario como consecuencia de la ejecución del negocio de intermediación.

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta que por el año 2010 presentó cierto contribuyente, en el sentido de rechazar las retenciones que imputó como retenciones en la fuente soportadas. La Sala avaló el rechazo de las citadas retenciones al concluir que, en su calidad de mandataria, la actora no podía registrar las retenciones en la autoliquidación revisada, pues, a la luz de los artículos 29 del Decreto 3050 de 1997 y 3 del Decreto 1514 de 1998 correspondía a los mandantes imputar o descontar las retenciones en la fuente originadas en los pagos que por cuenta de ellos recibió la demandante en desarrollo de los contratos de mandato.

CONTRATO DE MANDATO - Tratamiento tributario / SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN EL CONTRATO DE MANDATO / RETENCIÓN EN LA FUENTE EN EL CONTRATO DE MANDATO - Tratamiento tributario / INGRESOS DEL MANDATARIO - Honorarios o remuneración en el contrato de mandato a título oneroso / RETENCIONES EFECTUADAS POR TERCEROS EN DESARROLLO DE LA GESTIÓN DEL MANDATO – Respaldo probatorio. Certificación expedida por el mandatario / CERTIFICACIÓN DE RETENCIONES EXPEDIDA POR EL MANDATARIO EN EL CONTRATO DE MANDATO – Requisitos

Problema jurídico: ¿En un contrato de mandato sin representación, el mandatario puede detraer de su impuesto sobre la renta las retenciones en la fuente que soportó por cuenta del mandante en desarrollo del negocio jurídico de mandato?

Tesis: “El artículo 29, inciso 3.º, del Decreto 3050 de 1997 (hoy codificado en el artículo 1.2.4.11 del Decreto 1625 de 2016) dispone que las retenciones efectuadas por terceros y soportadas por el mandatario, en desarrollo de la gestión del mandato, corresponden al mandante. Este tratamiento tributario guarda armonía con lo que la misma disposición jurídica ordena en materia del impuesto sobre la renta, pues el artículo *ibidem* también preceptúa que el mandante, sea un mandato con o sin representación, es el sujeto pasivo del hecho imponible que se genera en virtud de la ejecución del objeto de ese negocio jurídico de intermediación, de manera que es él quien debe declarar los ingresos —además de los costos y gastos— causados en desarrollo del mandato. Así, toda vez que el mandante es el contribuyente de todos los ingresos que realiza el mandatario por cuenta de él, resulta además coherente que la misma norma disponga que aquel también es quien imputa las retenciones que soportó el mandatario por su cuenta, pues en esos términos la retención soportada es un anticipo de un ingreso cuyo titular jurídico, y también a efectos del impuesto sobre la renta, es el mandante; una interpretación en otro sentido conduciría a avalar que el mandatario impute en su declaración de renta el gravamen anticipado (*i.e.* las retenciones) sobre ingresos de terceros (*i.e.* el mandante). En definitiva, el tratamiento tributario en materia del impuesto sobre la renta expuesto, corresponde en esencia a un enfoque de neutralidad o transparencia fiscal, conforme al cual los efectos tributarios en un contrato de mandato recaen sobre el mandante, por ser este el sujeto pasivo de los ingresos, costos y gastos realizados en desarrollo de ese negocio jurídico; en contraste, el ingreso que realiza como propio el mandatario se restringe al honorario o remuneración que se pacta a su favor en el contrato de mandato, cuando este celebra a título oneroso. Para que el mandante cuente con el respaldo probatorio del anterior tratamiento tributario que le corresponde, el artículo 29 del Decreto 3050 de 1997 (hoy codificado en el artículo 1.2.4.11 del Decreto 1625 de 2016) establece que «*el mandante declarará los ingresos y solicitará los respectivos costos, deducciones, impuestos descontables y retenciones en la fuente, según la información que le suministre el mandatario*». En el mismo sentido, el artículo 3.º del Decreto 1514 de 1998 (codificado en el artículo 1.6.1.4.9 del Decreto 1625 de 2016) dispone que el mandatario deberá expedir una certificación donde se consignen los anteriores conceptos y sus respectivas cuantías, certificación que además «*debe ser avalada por contador público o revisor fiscal, según las disposiciones legales vigentes sobre la materia*». Por lo cual, las retenciones que imputará en su declaración de renta el mandante, así como los ingresos asociados a las mismas y que percibió por su cuenta el mandatario, deben estar soportadas en la referida certificación expedida por el mandatario y avalada por revisor fiscal o contador público. Destaca la Sala que, en el marco de un mandato sin representación, quien practique la retención expedirá el certificado correspondiente a nombre del mandatario, de ahí que, para acreditar la existencia y cuantía de las retenciones, el mandante exhiba la certificación que le debe proferir el mandatario, en los términos de los artículos 29 del Decreto 3050 de 1997 y 3.º del Decreto 1514 de 1998. Así, al margen de si se trata de un mandato con o sin representación, es el mandante quien debe registrar en su declaración del impuesto sobre la renta todas las retenciones soportadas por el mandatario como consecuencia de la ejecución del contrato de intermediación. (...) [O]bserva la Sala que la demandante celebró en calidad de mandataria dos contratos de mandato sin representación en virtud de los cuales administraría dos hoteles por cuenta de los mandantes. En desarrollo de la gestión del mandato, la actora soportó retenciones en cuantía de \$321.329.000, con las que afectó el impuesto sobre la renta a su cargo. Pues bien, de conformidad con las premisas expuestas en el fundamento jurídico nro. 3 de esta sentencia, concluye la Sala que

correspondía a los mandantes imputar o descontar las retenciones en la fuente originadas en los pagos que por cuenta de ellos recibió la demandante en desarrollo de los contratos de mandato, de ahí que la actora no pudiera registrar dichas retenciones en la autoliquidación revisada. Por tanto, la Sala avala el rechazo de las retenciones pretendidas por la actora.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 26 de mayo de 2022, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 76001-23-33-000-2014-00866-01 \(25749\).](#)

7
SECCIÓN
QUINTA



BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Se confirmó la decisión que negó la nulidad de la designación, en encargo, del gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de designación, en encargo, del gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, aduciendo que el acto acusado está viciado por i) infracción de las normas en que debería fundarse; ii) desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió y iii) expedición irregular. En punto de la apelación, el recurrente se refirió a la naturaleza del cargo de gerente de la ESE, para señalar que: (i) no es un cargo de libre nombramiento y remoción; (ii) se trata de un cargo de concurso de méritos de periodo fijo; (iii) el gobernador del departamento del Magdalena solo puede designar al primer puesto de la terna que obtuvo el mayor puntaje, (iv) la junta directiva de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga no ha proferido la resolución de convocatoria para el concurso de méritos para proveer dicho empleo; y, (v) el primer mandatario no podía encargar a una persona de otra entidad y menos si en la misma ESE estaban personas cumpliendo los requisitos para el cargo de gerente. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda luego de concluir que: (i) el cargo de gerente de la ESE es de confianza por lo que puede catalogarse como de libre nombramiento y remoción; (ii) su designación no requiere realizar concurso de méritos pues dicha figura fue abolida por la Ley 1797 de 2016; (iii) la norma que regula la designación en encargo, no condiciona al nominador a que deba efectuar el nombramiento con un empleado de la misma entidad; y, (iv) al ser un cargo de libre nombramiento y remoción, el gobernador ostenta la competencia para realizar la designación.

NOMBRAMIENTO DEL GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / GERENTE DEL HOSPITAL PÚBLICO / ELECCIÓN DEL GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO / NOMBRAMIENTO EN ENCARGO

Problema jurídico: Corresponde a esta Sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia de 9 de marzo de 2022, mediante la cual, el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda tendiente a obtener la nulidad del Decreto No. 113 del 12 de abril de 2019, por el cual, el gobernador del Magdalena encargó al señor Jorge Bernal Conde, como gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga. Al respecto el recurrente se refirió a la naturaleza del cargo de gerente de la ESE, para señalar que: i) no es “de libre nombramiento y remoción”, ii) se trata de “un cargo de concurso de méritos de periodo fijo”, iii) el gobernador del departamento del Magdalena “solo puede designar al primer puesto de la terna que obtuvo el mayor puntaje”, iv) la junta directiva de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga no ha proferido la resolución de convocatoria para el concurso de méritos para proveer dicho empleo y v) el primer mandatario “no podía encargar a una persona de otra entidad y menos si en la misma ESE estaban personas cumpliendo los requisitos para el cargo de gerente”.

Tesis: “[E]l empleo de director o gerente de las ESE constituye un cargo de confianza, pues maneja políticas públicas, en este caso, relacionadas con la prestación del servicio de salud y tiene asignadas funciones directivas, de conducción o manejo institucional, lo que significa que se pueda catalogar como de libre nombramiento y remoción. (...). Ahora bien, en cuanto al “concurso de méritos” (...), se reitera que el artículo 20 de la Ley 1797 de 13 de julio de 2016, abolió esta forma de provisión de cargos públicos, el cual históricamente (...) se había implementado como mecanismo previo a la designación del gerente de la ESE. (...). Así las cosas, al tenor de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1797 de 2016, resulta claro que, el gerente de la ESE es nombrado por el presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, previa verificación del cumplimiento de los requisitos del cargo (...). En este orden, no le asiste razón al recurrente al considerar que el gobernador del departamento del Magdalena debía nombrar a la persona que hubiera obtenido el mayor puntaje de la terna, pues, como quedó visto, este sistema de provisión, para el cargo de gerente de una ESE, fue suprimido. (...). [N]o le asiste razón al actor al considerar que dicho órgano de dirección [Junta Directiva de la ESE] ha debido proferir la resolución convocando a concurso de méritos para nombrar al gerente de la entidad, habida cuenta que, (...), su participación en la mencionada designación se suprimió con la expedición de la Ley 1797 de 2016, que abolió el sistema de provisión de ese cargo, a través del concurso público de méritos. Finalmente, aduce el recurrente que el primer mandatario no podía encargar a un empleado de otra entidad, en este caso, a un asesor del despacho del gobernador para ocupar el cargo de gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, siendo que en la misma institución de salud había una persona que cumplía los requisitos para ocupar el cargo de gerente. La Sala, (...) evidencia que para designar a Jorge Bernal Conde como gerente de la ESE Hospital San

Cristóbal de Ciénaga, el primer mandatario acudió a uno de los movimientos de personal consagrados en el artículo 2.2.5.4.1 del Decreto 1083 de 2015, (...), esto es, el “encargo”, el cual se encuentra previsto en el artículo 2.2.5.4.7. [del Decreto 1083 de 2015]. (...). Esta figura constituye una modalidad de provisión temporal de empleos que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo, durante la ausencia de su titular. (...). Para que se pueda hablar de encargo, debe concurrir: (i) que haya un empleo vacante, y (ii) un empleado público que asuma temporalmente las funciones inherentes a dicho cargo, como en efecto ocurrió en el sub examine, toda vez que, el señor (...) renunció al cargo gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, siendo aceptada su dimisión (...), lo que significa que el empleo se encontraba vacante de manera definitiva, lo cual le permitió al gobernador del departamento del Magdalena encargar al empleado público Jorge Bernal Conde, quien estaba vinculado como asesor, (...) de su despacho, para desempeñar el cargo de gerente de la referida ESE, pues la norma citada en precedencia, no condiciona al nominador a que deba efectuar el nombramiento con un empleado de la misma entidad. De conformidad con lo anterior, tampoco tiene vocación de prosperidad la censura del apelante consistente en que en la entidad había una persona que cumplía con el perfil para ocupar el cargo de gerente de la ESE Hospital San Cristóbal de Ciénaga, en la medida que, por tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción cuyo ejercicio implica especial confianza, el gobernador del departamento del Magdalena, en su calidad de máxima autoridad administrativa del ente territorial y en atención a la facultad discrecional de la que goza, ostenta la competencia para realizar tal designación.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 9 de junio de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 47001-23-33-000-2022-00034-01.](#)

2. Se declaró la nulidad del acto de elección de la representante del sector productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonía.

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de la representante del sector productivo ante el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia, aduciendo que, (i) se incurrió en la causal de nulidad por infracción de norma superior por el desconocimiento de los artículos 24 del Acuerdo 062 del 2002 -Estatuto General de la Universidad de la Amazonia-, en concordancia con el artículo 29 constitucional, al no haberse permitido la inscripción de candidatos ni la votación de los integrantes del sector productivo ubicados en todos los departamentos donde la Universidad de la Amazonía tiene actividad académica; Con fundamento en los mismos supuestos fácticos antes descritos, ¿es procedente inaplicar por inconstitucional el artículo 16 del Acuerdo 032 del 2009 y el punto 2 de la Convocatoria 001 del 2021, en tanto resultan contrarios a los artículos 4, 13, 29, 40, 41 y 69 de la Constitución Política, así como lo consagrado en el artículo 24 literal h) del Acuerdo 062 de 2002? ¿Se configura la causal de nulidad por infracción de norma superior, en específico, por un presunto desconocimiento de la Resolución 549 del 2020 expedida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- por no tenerse en cuenta la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas adoptada para Colombia al interior del proceso electoral? (ii) se incurrió en expedición irregular en el trámite de conformación del acto de elección, al presuntamente no contar el mismo con el registro de los votantes de la reunión electoral, en desconocimiento de la exigencia contenida en el literal f) del artículo 2º del artículo 32 del Acuerdo 032 del 2009; y, (iii) se incurrió en desviación de poder por parte del rector encargo de la Universidad de la Amazonia en el desarrollo de la convocatoria y el trámite de elección del representante del sector productivo ante el Consejo Superior Universitario. La Sala resolvió INAPLICAR POR INCONSTITUCIONALES (i) el artículo 16 del Acuerdo 032 de 2009, por medio del cual el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia expidió su Estatuto Electoral y (ii) el punto segundo de la parte resolutive de la Convocatoria No. 001 de 2021, por la cual el Consejo Electoral de la citada Institución de Educación Superior, estableció el procedimiento para llevar a cabo la elección de representante del sector productivo ante el Consejo Superior, en lo que hace referencia al requerimiento de adelantar el proceso de inscripción de candidatos de manera presencial en la Secretaría General de la Universidad de la Amazonia. Como consecuencia de lo anterior, declaró la nulidad del acto de elección acusado teniendo en cuenta que por el acatamiento al orden interno de la Universidad, se presentó una barrera que impidió la efectiva participación de los integrantes del sector productivo ubicados en otros departamentos donde se presta el servicio público de educación superior.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE DEL SECTOR PRODUCTIVO ANTE EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD / ANTINOMIAS / PRINCIPIO DE IGUALDAD / PRINCIPIO DE CAPACIDAD ELECTORAL / PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Problema jurídico: La Sala considera que se deben atender los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Cuál es el procedimiento establecido en el régimen interno de la Universidad de la Amazonía, a efectos de la elección del representante del sector productivo como integrante del Consejo Superior de dicho ente universitario? (ii) Precitado lo anterior, respecto del primer cargo de nulidad propuesto, se tienen las siguientes preguntas: ¿Se incurrió en la causal de nulidad por infracción de norma superior por el desconocimiento de los artículos 24 del Acuerdo 062 del 2002 -Estatuto General de la Universidad de la Amazonia-, en concordancia con el artículo 29 constitucional, al no haberse permitido la inscripción de candidatos ni la votación de los integrantes del sector productivo ubicados en todos los departamentos donde la Universidad de la Amazonía tiene actividad académica? Con fundamento en los mismos supuestos fácticos antes descritos, ¿es procedente inaplicar por inconstitucional el artículo 16 del Acuerdo 032 del 2009 y el punto 2 de la Convocatoria 001 del 2021, en tanto resultan contrarios a los artículos 4, 13, 29, 40, 41 y 69 de la Constitución Política, así como lo consagrado en el artículo 24 literal h) del Acuerdo 062 de 2002? ¿Se configura la causal de nulidad por infracción de norma superior, en específico, por un presunto desconocimiento de la Resolución 549 del 2020 expedida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- por no tenerse en cuenta la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas adoptada para Colombia al interior del proceso electoral? (iii) De otra parte, en relación con el segundo cargo de nulidad, se debe responder si: ¿se incurrió en expedición irregular en el trámite de conformación del acto de elección, al presuntamente no contar el mismo con el registro de los votantes de la reunión electoral, en desconocimiento de la exigencia contenida en el literal f) del artículo 2º del artículo 32 del Acuerdo 032 del 2009? (iv) Finalmente, frente al tercer cargo de nulidad, se debe determinar si: ¿se incurrió en desviación de poder por parte del rector encargo de la Universidad de la Amazonia en el desarrollo de la convocatoria y el trámite de elección del representante del sector productivo ante el Consejo Superior Universitario?

Tesis: “La demandante alega un desconocimiento del artículo 29 constitucional, así como de lo dispuesto en el literal h) del artículo 24 del Estatuto Superior de la Universidad de la Amazonía y de los principios de los procesos electorales que se adelantan al interior de dicha institución, fijados en el artículo 2º de los Acuerdos 031 del 2010 y 032 del 2009, que se refieren a la igualdad, capacidad electoral, publicidad, objetividad y legalidad, toda vez que, al haberse señalado que la inscripción de las ternas se efectuaría de manera presencial en la Secretaría General, así como que la votación se llevaría cabo en la sede de la ciudad de Florencia (Caquetá), se limitó la participación en doble vía de los integrantes del sector productivo ubicados en los demás departamentos en donde se presta el servicio educativo. (...). [L]a Sala observa que se presenta una antinomia - contradicción o contraposición- entre diversas disposiciones internas de la Universidad de la Amazonia. Por un lado, como fue precisado, se tiene que el Estatuto General dispone que el representante del sector productivo “deberá” ser elegido por representantes nombrados en cada departamento en donde tenga presencia la universidad, mas, sin embargo, por otro lado, normas del estatuto electoral disponen que la inscripción, que en el presente caso es el punto de inicio del proceso democrático, pues de este depende la conformación de ternas habilitadas para postular candidatos en la asamblea electoral y sufragar en la misma, debe realizarse de manera “personal”, y por consiguiente, presencial en la secretaría general, ubicada en el municipio de Florencia. (...). A juicio de esta Sección, la referida contraposición entre normas y principios debe ser resuelta a favor de una interpretación que permita el mayor alcance de los derechos de participación política involucrados en el presente asunto. (...). [L]a característica principal del proceso de elección es que el mismo se lleva a cabo de manera indirecta, lo que permite concluir que de manera previa no existe un censo electoral que determine quiénes se encuentran habilitados para participar en la asamblea de elección, pues lo cierto es que este se conforma a partir de la postulación de ternas por parte quienes se encuentren interesados en participar las cuales posteriormente se habilitan por el Comité Electoral. Esta situación hace aún más relevante que de manera efectiva se garantice la posibilidad de participación en todos los departamentos en donde se cuente con presencia institucional, a fin de garantizar el mandado imperativo –“deberá”- del literal h) artículo 24 del Estatuto General. Por ello, para la Sala es procedente señalar, que al no haberse dispuesto un mecanismo que permitiera hacer efectivo lo anterior y de esta manera, garantizar que los representantes en cada departamento o municipio pudieran inscribir sus ternas en la sede respectiva y sufragar en ella, la decisión de dar aplicación a las normas del Estatuto Electoral, aunque válida desde el punto de vista formal, conlleva a la creación de barreras que resultan en la afectación de garantías de orden fundamental respecto de quienes se predica la facultad electoral en el presente caso. (...). [S]e concluye por esta judicatura, que aunque la Universidad de la Amazonía, por intermedio de sus autoridades electorales, dio aplicación a normas de orden interno que permiten que la inscripción se realice en la secretaría general y que la elección se lleve a cabo en el campus de la institución, lo cierto es que dicha

determinación, en el caso particular y concreto de la elección bajo estudio, conllevó a que se presentara una barrera que impidió la efectiva participación de los integrantes del sector productivo ubicados en otros departamentos donde se presta el servicio público de educación superior. (...). Con fundamento en lo anterior, la Sala considera que entonces es procedente acceder a la excepción de inconstitucionalidad, al observarse que el trámite electoral adelantado y que culminó con el acto de elección aquí demandado, conllevó a una vulneración de garantías de orden fundamental, lo que permite inaplicar el (i) el artículo 16 del Acuerdo 032 de 2009 por medio del cual el Consejo Superior de la Universidad de la Amazonia expidió su Estatuto Electoral y (ii) el punto segundo de la parte resolutive de la Convocatoria No. 001 de 2021 por la cual el Consejo Electoral de la citada Institución de Educación Superior, estableció el procedimiento para llevar a cabo la elección del representante del sector productivo ante el Consejo Superior de UNIAMAZONIA. Bajo esta consideración, se tiene que dicha situación configura una irregularidad al interior del trámite electoral, que extiende sus efectos frente al acto de elección de la [demandada], toda vez que, desde sus inicios, se presentaron barreras de acceso respecto del estamento con la capacidad electoral para participar y adoptar la decisión correspondiente. Esta circunstancia afecta el núcleo esencial del principio democrático -arts. 1º y 2º del texto superior- y de los derechos consagrados en el artículo 40 constitucional -de participación en conformación ejercicio y control del poder público, mediante la posibilidad de elegir y ser elegidos-, toda vez que la regulación de la convocatoria, no garantizó la vigencia efectiva de los derechos políticos de los integrantes del sector productivo, al limitar el proceso de inscripción de ternas en la ciudad de Florencia, lo que desconoce que en otros departamentos o municipios, como el Amazonas, se contaba con presencia de la Universidad, lo que obligaba a permitir la postulación de quienes allí se encontraran y no imponer cargas -como traslados físicos- que no resultan razonables ni proporcionales ante la existencia de sedes que pueden adelantar el trámite correspondiente.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 26 de mayo de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2021-00055-00.](#)

3. Se declaró la nulidad de los representantes, principal y suplente, de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cesar – Corpocesar.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección de los representantes, principal y suplente, de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cesar – Corpocesar, alegando que: (i) en la convocatoria se omitió el requisito consistente en allegar certificación expedida por el INCODER, hoy Agencia Nacional de Tierras, sobre la existencia de territorios colectivos legalmente titulados o en trámite de adjudicación a las comunidades negras de la respectiva jurisdicción; (ii) se incurrió en irregularidades al habilitar y dejar sin participación a consejos comunitarios que cumplieron con ese requisito, y por el contrario se les dio participación a comunidades que no lo reunieron; (iii) se desconoció el derecho a elegir y ser elegido de 10 de los consejos comunitarios, puesto que los otros 17 impusieron la forma de elección y no tuvieron en cuenta que el representante suplente debe ser el que obtenga la segunda votación, por lo que de manera arbitraria se decidió hacer una segunda elección para elegir al suplente; (iv) se vulneró el artículo 2.2.8.5.1.10 del Decreto 1066 de 2015, que establece la forma de suplir al representante en caso de faltas absolutas y temporales, puesto que, al haberse declarado la nulidad del representante principal por parte del Consejo de Estado, se debió nombrar al suplente. La Sala declaró la nulidad del acto acusado, teniendo en cuenta que, ante la declaratoria de nulidad del demandado como representante principal, acogida en la sentencia de junio 3 de 2021, se ha debido nombrar al representante suplente por el tiempo restante.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE DE LAS COMUNIDADES NEGRAS ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL / CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA / PRINCIPIO DE EFICACIA DEL VOTO / PRINCIPIO DE AUTONOMÍA COLECTIVA

Problema jurídico: Corresponde a la Sala determinar: (i) Si se vulneró lo establecido en el artículo 2.2.8.5.1.2 del Decreto 1076 del 26 de mayo de 2015, puesto que en la convocatoria que se realizó se omitió el requisito establecido en el literal b) que consiste en allegar certificación expedida por el INCODER, sobre la existencia de territorios colectivos legalmente titulados o en trámite de adjudicación a las comunidades negras de la respectiva jurisdicción, así como si se desconoció lo establecido en la

sentencia del 5 de agosto de 2021, con radicación 11001-03-28-000-2020-00094-00. (ii) Si se incurrió en irregularidades al habilitar y dejar sin participación a consejos comunitarios que cumplieron con ese requisito, y por el contrario se les dio participación a comunidades que no lo reunieron. De manera concreta se inhabilitó indebidamente a los consejos comunitarios El Viejo Pedro Guerra y La Vega Arriba que pese a cumplir con todos los requisitos del artículo 2.2.8.5.1.2 fueron excluidos del proceso. De otra parte, se habilitó indebidamente al consejo comunitario Feliciano Pérez Barraza, cuando el mismo no cumplió con la totalidad de los requisitos, puesto que presentó una certificación vencida, así mismo se habilitó indebidamente al consejo comunitario Ernesto Guillén Benjumea. (iii) Si se vulneró el parágrafo 2 del artículo 2.2.8.5.1.5 del Decreto 1076 de 2015, puesto que se desconoció el derecho a elegir y ser elegido de 10 de los consejos comunitarios, puesto que los otros 17 impusieron la forma de elección y no tuvieron en cuenta que el representante suplente debe ser el que obtenga la segunda votación, por lo que de manera arbitraria se decidió hacer una segunda elección para elegir al suplente; y, (iv) Si se vulneró el artículo 2.2.8.5.1.10 del Decreto 1066 de 2015, que establece la forma de suplir al representante en caso de faltas absolutas y temporales, puesto que, al haberse declarado la nulidad del representante principal por parte del Consejo de Estado, se debió nombrar al suplente.

Tesis: “[E]n efecto, Corpocesar se abstuvo de exigir el cumplimiento del requisito consistente en acreditar la titulación, o al menos su trámite, de los territorios donde tiene asiento el consejo comunitario interesado en participar en la elección de sus representantes principal y suplente ante la Corporación. El sustento de esta determinación obedeció, (...) al cumplimiento de las órdenes judiciales, en sede de tutela, en el sentido de suprimir esta exigencia por virtud de la necesidad de garantizar los derechos políticos de los consejos comunitarios, dado que los tutelantes alegaron que muchos de estos no contaban con la documentación para el efecto. (...). Corpocesar, más allá de extraerse deliberada e injustificadamente de exigir los requisitos legales, optó por cumplir los fallos de tutela para garantizar los derechos políticos de las comunidades afrodescendientes que aspiraban a elegir a sus representantes, por lo que mal haría esta Sala en advertir un vicio en el proceso de formación del acto demandado. Irregularidades por inhabilitar a consejos comunitarios que cumplieron los requisitos legales para participar en la elección, y habilitar a los que no los cumplieron. [L]a Sala debe reiterar su tesis en cuanto concierne al principio de eficacia del voto (...). En ese orden, aun contando con la participación de los consejos comunitarios “El Aceituno”, del corregimiento “La Vega Arriba”, y “El Viejo Pedro Guerra”, y asumiendo que su intención de voto no respaldaba la candidatura del demandado, sino la de su inmediato contendor, (...), lo cierto es que hubiera contabilizado 12 votos, cifra aún inferior a los 17 apoyos que tuvo el demandado, según se destacó en el acápite del análisis de las pruebas. Por su parte, la habilitación de los consejos comunitarios “Feliciano Pérez Barraza” y “Ernesto Guillén Benjumea”, tampoco resultaba incidente en el resultado electoral, pues su ausencia en la elección aún bajo el entendido de haber apoyado la candidatura del demandado hubiera dado lugar a que este obtuviera 15 votos, resultado que es mayor a los 10 que tuvo su contendor directo y aún superior a los 12 que este último pudo obtener de haber contado con la participación y apoyo de los consejos comunitarios “El Aceituno”, del corregimiento “La Vega Arriba”, y “El Viejo Pedro Guerra”. El actor cuestiona que se desconoció el derecho al voto de 10 participantes en contravía de lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 2.2.8.5.1.5 del Decreto 1076, puesto que, de 27 consejos comunitarios, 17 impusieron la forma de elección. (...). [L]a asamblea de elección sometió a votación el método para designar a los representantes principales y suplentes y el que finalmente se utilizó fue aprobado con 17 votos, contra 10 de quienes propendían por otra dinámica electoral. De esta manera, lo que advierte la Sala es la discusión legítima que en su momento se llevó a cabo por parte de los consejos comunitarios para definir el método a través del cual se realizaría la elección de sus representantes ante el consejo directivo. (...). En este sentido, mal podría considerarse que se presentó un desconocimiento de 10 participantes en contravía con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 2.2.8.5.1.5 del Decreto 1076, pues la misma norma contempla la posibilidad de establecer el método de elección y su restricción solo se limita a que sea para aquellas personas que obtengan la mayor votación, como en efecto ocurrió. En este cargo se cuestiona que, con ocasión de la sentencia del 3 de junio de 2021, que anuló la elección del aquí demandado como representante de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de Corpocesar, se debió nombrar al suplente. (...). Se observa que el fallo anuló de manera expresa la elección del [demandado] como representante principal, sin mención de la situación del representante suplente que se designó en esa oportunidad. (...). Por lo tanto, no puede concluirse que la anulación determinada en aquella oportunidad también tuvo efectos sobre la elección del representante suplente. (...). Así, la sentencia de junio 3 de 2021 no involucró el análisis de legalidad del acto en lo que corresponde a la elección del representante suplente de las comunidades negras, aún bajo la circunstancia de que en el mismo conste la elección de los representantes principal y suplente. (...). Al estar claro que la sentencia dictada en el proceso acumulado afectó exclusivamente al representante principal, no resultaba legalmente válido que el [demandado], quien venía ocupando el cargo, fuera nombrado nuevamente después de la anulación de su elección para el periodo 2020-2023. Lo procedente era que la vacancia que operó en el cargo, con motivo de la anulación de la elección del [demandado], fuera provista con el representante suplente por el tiempo restante como lo establece la norma antes transcrita para los casos de falta absoluta. Por lo anterior, resulta procedente decretar la nulidad del acto acusado

Salvamento parcial de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE ELECCIÓN

Tesis: “[Se considera] que la prosperidad de la pretensión del demandante debió sustentarse en otra de las censuras que contiene la demanda. (...). [Se estima] que se restó el debido valor a un punto relevante de la controversia, que radica en que la nulidad de la elección anterior del demandado, es decir, la realizada en el año 2020, estuvo motivada por la prosperidad de la causal genérica de expedición irregular del acto, prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. (...). [A]un cuando el fallo de 3 de junio de 2021, proferido por la Sala para decidir en única instancia dicho proceso, no haya dispuesto expresamente la nulidad de la elección del suplente, lo cierto es que el vicio se concretó en una etapa del procedimiento que se adelantó para elegir, tanto al representante principal, como al suplente. En esa medida, no es posible reservar ni separar los efectos de esa irregularidad para una sola designación, que no para la otra, pues ambas pusieron fin al trámite y resultaron contenidas en un mismo acto, que a la postre fue demandado ante esta jurisdicción. (...). En consecuencia, no debió prosperar el cargo sustentado en la infracción del artículo 2.2.8.5.10 del Decreto 1076 de 2015, pues, se insiste, la nulidad de la elección anterior del representante principal, declarada por cuenta del vicio de expedición irregular del acto, afectó igualmente la designación del representante suplente, lo cual se erige en un obstáculo para llenar de esta forma la vacancia y prescindir de adelantar un nuevo procedimiento desde la etapa afectada por la irregularidad que fue detectada por el juez electoral. Cosa distinta habría sido la hipótesis en que las censuras de aquel acto hubiesen tenido relación con las calidades del elegido como representante principal, evento en el cual, sin duda alguna, la nulidad lo hubiese afectado únicamente a él, sin la posibilidad de extenderse a su suplente.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 26 de mayo de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2021-00063-00.](#)

4. Se negó la nulidad del acto de elección del representante de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial ante la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección del representante de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial ante la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial, alegando que: (i) durante el desarrollo de la jornada de elección que concluyó con la expedición del acto demandado, se configuró un sabotaje electoral, en los términos del artículo 275, numeral 2, del CPACA, como consecuencia de la existencia de fallas técnicas en las plataformas tecnológicas utilizadas para el desarrollo del proceso; y, (ii) que se configuró una irregularidad durante el procedimiento administrativo de elección (art. 137 CPACA, en concordancia con los artículos 29 y 31 del Acuerdo CIRJA-21-08 de 10 de junio de 2021), derivada de a) la falta de publicidad sobre la identidad de los jurados de votación y b) sobre el censo de electores habilitados a participar; c) la participación de funcionarios por medio de correos no institucionales; d) la falta de pedagogía sobre el funcionamiento de la plataforma SIVOTO; y e) la falta de suscripción del acta de escrutinio por parte de los miembros de la comisión escrutadora. La Sala negó la declaratoria de nulidad pretendida teniendo en cuenta que: (i) no se acreditó el sabotaje electoral alegado; (ii) la irregularidad probada por la ausencia de jurados no implica la falta de transparencia y veracidad del proceso electoral como tampoco que por ello se ponga en duda la exactitud de la información en la plataforma SIVOTO; (iii) inexistencia de mandato alguno sobre la publicación del censo electoral; (iv) inexistencia de irregularidad alguna en la formación del acto acusado por el uso de correos no institucionales al momento de participar en el proceso de elección; (v) se usaron diferentes herramientas para comunicar múltiples aspectos relacionados con el proceso de elección; y, (vi) el acta de escrutinio y consolidación de resultados fue suscrita por el presidente de la Comisión Interinstitucional, tal como lo dispone el artículo 29 del Reglamento de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial.

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / SABOTAJE / IRREGULARIDADES EN EL PROCESO ELECTORAL / DESIGNACIÓN DE JURADO DE VOTACIÓN / PUBLICACIÓN DE CENSO ELECTORAL

Problema jurídico: La Sala debe pronunciarse sobre la pretensión de nulidad electoral expuesta en la demanda, mediante la solución de los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Durante el desarrollo de la jornada de elección que concluyó con la expedición del acto demandado, se configuró un sabotaje electoral, en los términos del artículo 275, numeral 2, del CPACA, como consecuencia de la existencia de fallas técnicas en las plataformas tecnológicas utilizadas para el desarrollo del proceso? ii) ¿Se configuró una irregularidad durante el procedimiento administrativo de elección (art. 137 CPACA, en concordancia con los artículos 29 y 31 del Acuerdo CIRJA-21-08 de 10 de junio de 2021), derivada de a) la falta de publicidad sobre la identidad de los jurados de votación y b) sobre el censo de electores habilitados a participar; c) la participación de funcionarios por medio de correos no institucionales; d) la falta de pedagogía sobre el funcionamiento de la plataforma SIVOTO; y e) la falta de suscripción del acta de escrutinio por parte de los miembros de la comisión escrutadora?

Tesis: “Las afirmaciones expuestas por la parte demandante en relación con la presunta ocurrencia de un evento de sabotaje electoral (...) las cuales se refieren, primordialmente, a la existencia de fallas tecnológicas que habrían impedido a los potenciales electores participar de la votación (...) no están llamadas a prosperar. (...). No se acreditaron maniobras subrepticias que tuvieran por objeto destruir u obstruir el proceso eleccionario y de las cuales se derive la afectación alegada de los sistemas de información utilizados para el desarrollo del proceso electoral, toda vez que los hechos alegados corresponden a fallas que no se atribuyen al comportamiento de persona alguna. (...). Finalmente, como pudo apreciarse, las pruebas aportadas al proceso desestiman completamente cualquier incidencia que las fallas denunciadas por la parte demandante hubiesen tenido respecto del resultado de la elección que atribuyó al demandado la condición de representante de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial ante la Comisión Interinstitucional. (...). Falta de publicidad sobre la identidad de los jurados de votación. (...). [E]s claro que en el caso bajo estudio la irregularidad consistente en la ausencia de jurados para el desarrollo del proceso electoral no implica *per se* el quebrantamiento de las garantías de transparencia y veracidad que deben acompañar a todo proceso electoral, ni la existencia de factores que pongan en duda la exactitud de la información arrojada por la plataforma SIVOTO sobre tales aspectos. (...). Falta de publicidad sobre el censo de electores habilitados a participar. (...). [D]ado que del aparte citado del artículo 29 del Reglamento [de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial] no se desprende un mandato consistente en la publicación del censo electoral de manera previa a la votación, la Sala no advierte irregularidad alguna en relación con el cumplimiento de dicha disposición. Participación de funcionarios por medio de correos no institucionales. [R]esulta claro que las direcciones de correo no institucionales utilizadas por algunos de los votantes en el certamen electoral bajo estudio, eran direcciones de correo registradas institucionalmente. Por tanto, la Sala desestima la configuración de una irregularidad en la formación del acto administrativo relativa al uso de correos no institucionales para la participación de servidores judiciales en la elección demandada. Falta de pedagogía sobre el funcionamiento de la plataforma SIVOTO. (...). [L]a Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial aportó, junto a su escrito de contestación de la demanda, varios documentos en los que se da cuenta del uso de diferentes herramientas como correos electrónicos, presentaciones en la plataforma Microsoft Teams y redes sociales, con el fin de comunicar múltiples aspectos relacionados con el proceso de elección. (...). Así las cosas, para la Sala es claro que el mandato contenido en el artículo 29 del Reglamento de la Comisión, en virtud del cual, en el marco de una elección de carácter virtual se debía garantizar la divulgación de la herramienta tecnológica a través de la cual se realizará dicha votación, fue debidamente satisfecho dentro del proceso electoral bajo estudio. Falta de suscripción del acta de escrutinio por parte de los miembros de la comisión escrutadora. [E]l artículo 31 del Reglamento en mención [de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial] dispone que [f]inalizada la jornada electoral se realizará el conteo de los votos como resultado del registro electrónico por cada uno de los candidatos. Esta acta podrá suscribirse manual, electrónica o digitalmente. De lo probado en el proceso, se tiene que existe un documento en el que se aportó el escrutinio final de los votos emitidos electrónicamente durante la jornada electoral, con indicación del número de votos emitidos por cada candidato participante. Así mismo, se aportó al expediente el acta de cierre de la jornada electoral. (...). Ahora bien, de la lectura de la totalidad de las disposiciones integrantes del Capítulo IV de la elección de representantes de funcionarios y empleados ante la Comisión Interinstitucional Nacional y Seccionales del reglamento en mención, se advierte que no existe (...) ninguna norma que indique que durante el proceso electoral debió conformarse una comisión escrutadora encargada de suscribir el escrutinio final. Por el contrario, en el artículo 29 [del Reglamento de la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial] se prevé que el acta de escrutinio y consolidación de resultados (...) deberá ser suscrita por el presidente de la Comisión Interinstitucional, como en efecto ocurrió, con el ingrediente adicional de que la misma también fue suscrita por dos de los testigos electorales designados por los candidatos.

Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araújo Oñate

INCIDENCIA DE LAS IRREGULARIDADES EN EL PROCESO ELECTORAL

Tesis: “[L]a incidencia será una de aquellas temáticas inamovibles que deben ser siempre sondeadas para declarar la nulidad de los actos electorales, mediante el alegato de los motivos de ilegalidad erigidos en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011. De esta manera, la configuración de la infracción de las normas superiores, la falta de competencia, la expedición irregular, el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, la falta de motivación y la desviación de poder, pendería no solo de la probanza de su ocurrencia en el caso concreto, sino igualmente de su vocación para alterar los resultados de la contienda. Bajo este panorama de generalización, [se pretende] demostrar que, sin perjuicio de la importancia que la regla de incidencia tiene en el contencioso– electoral, no todos los asuntos que se ventilan por los canales de las causales generales de nulidad sujetan su prosperidad a las implicaciones cuantitativas de las ilegalidades registradas. En otros términos, existen eventos en los que el carácter cualitativo de los yerros detectados –como consecuencia de los graves perjuicios que causan al principio democrático– se superpone al carácter cuantitativo de las irregularidades descubiertas, llevando a la declaratoria de nulidad de los actos electorales, sin detenerse en la revisión de sus implicaciones numéricas. Para ejemplificar lo expuesto, traigo a colación el fallo de 16 de mayo de 2019, en donde la Sección Quinta de la Corporación, en el marco de la demanda de nulidad electoral que persiguió la anulación del acto de designación democrática de la señora Aida Merlano Rebolledo, como senadora de la República, periodo 2018-2022. (...). Se colige de lo transcrito que, luego de identificar la existencia de la conducta de compra votos, la Sala especializada en asuntos electorales del Consejo de Estado concluyó que, más allá de que la compra hubiere sucedido sobre “uno, cien, o millones de votos”, la ilegalidad debía ser decretada, producto del peligro y transgresión que este comportamiento representaba para el principio democrático, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho, implementado con la expedición de la Constitución Política de 1991. En suma, y en contraposición con la generalización plasmada en la sentencia del 26 de mayo de 2022, el contencioso–electoral no siempre requiere de la regla de la incidencia para declarar la nulidad de los actos electorales que se fiscalizan en esta Jurisdicción, por lo que [el] voto aclaratorio –de estirpe atenuativo– requería ser postulado.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 26 de mayo de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-28-000-2021-00050-00.](#)

8
**SENTENCIAS DE
UNIFICACIÓN**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

La Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación fijó las reglas jurisprudenciales sobre la prima de riesgo como factor de liquidación de prestaciones sociales de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

Síntesis del caso: En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se demandó la nulidad del acto administrativo por el cual la subdirectora de talento humano del DAS le negó la inclusión de la prima de riesgo como factor de liquidación de prestaciones sociales diferentes a pensión.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / COMPETENCIA PARA REGULAR EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS / ALCANCE DE LA COMPETENCIA PARA DEFINIR LA NATURALEZA SALARIAL DE CIERTOS FACTORES QUE DEVENGAN LOS SERVIDORES PÚBLICOS / RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS SERVIDORES DEL EXTINTO DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD DAS / LA PRIMA DE RIESGO DE LOS SERVIDORES DEL DAS COMO FACTOR SALARIAL PARA LA LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES DIFERENTES A PENSIÓN

Problema jurídico: ¿El señor [...] tiene derecho a que la prima de riesgo, que devengó en su condición de detective del DAS, sea incluida en la liquidación de las prestaciones sociales, tales como cesantías, prima de servicios, prima de navidad y bonificación por servicios, entre otros?

Tesis: «[...] El Gobierno tiene la facultad para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. En ejercicio de esta competencia puede definir que determinado emolumento tenga el carácter de factor salarial, para efectos de liquidación de prestaciones sociales, que lo tenga solo para algunas o que carezca de dicho efecto. Por ese solo hecho no se vulneran los derechos de los trabajadores. Tampoco se desconoce el concepto amplio de salario, ante la inexistencia de un imperativo constitucional o convencional que obligue a tenerlo como una limitación de su competencia o que imponga que todas las sumas que lo componen deben ser la base para el cálculo de tales prestaciones. Con todo, esta potestad no es absoluta, si se tiene en cuenta que para ello debe sujetarse a las normas superiores que imponen la protección del salario como elemento trascendente y fundamental de los derechos laborales. En esta oportunidad, un análisis preliminar de cara a las garantías del artículo 53 y los principios de la Ley 4 de 1992 no permite derivar su incompatibilidad con los mandatos superiores que debió atender la autoridad competente. En ese orden, el ejecutivo estaba habilitado para expedir las normas que rigen la prima de riesgo, y con ello, disponer que no es factor salarial para liquidar prestaciones sociales, a pesar de su habitualidad y carácter compensatorio. Sin embargo, de manera progresiva amplió este beneficio, primero en el personal al que lo asignó, luego en su porcentaje, más adelante le confirió efectos pensionales (a partir de la Ley 860 de 2003) y, posteriormente, le otorgó plenitud para la liquidación de prestaciones sociales, una vez los servidores del suprimido DAS fueron incorporados a otras entidades públicas, según el Decreto 4057 de 2011. Regla de unificación. De conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1137 y 2646 de 1994, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, hasta su supresión, ordenada por el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicho valor constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. [...] El demandante no tiene derecho a la inclusión de la prima de riesgo para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales tales como: cesantías, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, prima de vacaciones y prima de navidad, causadas durante su labor como detective del DAS hasta la supresión de la entidad. [...] Como ha quedado expuesto, el ejecutivo tenía la potestad de disponer que algún factor en particular no sea incluido en la liquidación de las prestaciones sociales, a través de los actos que los regulan. Este entendimiento fue avalado por la Corte Constitucional, la cual destacó que por ese solo hecho no se pueden entender vulnerados los derechos de sus destinatarios. Adicionalmente, la disposición contenida en la norma cuya inaplicación se pretende mantiene la presunción de legalidad y con ello es plausible concluir que no se ha desvirtuado hasta el momento que aquella se expidió de acuerdo con los principios y criterios señalados por la Ley 4 de 1992 que incluyen el de la sujeción al marco de la política macroeconómica y fiscal, así como la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad. De esta manera, la noción de *salario* no limita esta facultad reguladora del Gobierno ni es admisible sostener que

este concepto se desconoce en su ejercicio cuando señala que determinado emolumento esté excluido del cómputo de la liquidación de prestaciones sociales. Este entendimiento se acompasa con la interpretación que el Consejo de Estado ha venido impartiendo al estudiar la incidencia prestacional de los emolumentos que reciben los servidores públicos. [...] En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente: De conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1137 y 2646 de 1994, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, hasta su supresión, ordenada por el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicho valor constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación de SUJ-027-CE-S2-2022 de 12 de mayo de 2022, radicación: 05001-33-33-000-2013-01009-01\(2263-2018\).](#)

9

**SALA DE CONSULTA
Y SERVICIO CIVIL**



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

1. Los entes territoriales no pueden suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado con el objeto de prestar servicios de salud a la población no asegurada y del Plan de Intervención Colectiva mientras esté en vigencia la prohibición temporal para suscribir contratos derivada de la Ley de garantías electorales.

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través Ministerio de Salud y Protección Social consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil acerca del contenido y alcance de las prohibiciones previstas en los artículos 33 y 38 de la Ley 996 de 2005, particularmente respecto a la posibilidad de contratar la prestación de servicios de salud de la población no asegurada y el Plan de Intervención Colectiva con instituciones públicas prestadoras de tales servicios.

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES / Prohibición temporal para suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado para la prestación de los servicios de salud a la población no asegurada / LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES / EMERGENCIA SANITARIA / EMERGENCIA DE SALUBRIDAD – Excepción a la prohibición temporal para la contratación pública

Problema jurídico: ¿Al entrar en vigencia la restricción prevista en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, pueden los entes territoriales suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado, para prestar servicios de salud a la población no asegurada y las acciones de salud que se brindan a la colectividad a través del Plan de Intervenciones Colectivas –PIC, teniendo en cuenta que es el legislador quien ha ordenado esa contratación y que por ende la misma no emana de la autonomía de la voluntad de los contratantes?

Tesis: “[L]as entidades territoriales – departamentos y municipios- deberán garantizar los servicios de salud a la población pobre no asegurada, para lo cual deben celebrar los correspondientes convenios interadministrativos o contratos con las Empresas Sociales del Estado que hayan sido habilitadas o cuenten con la capacidad técnica y operativa, o en su defecto, con los particulares, quienes brindarán la atención a dicha población. Por tanto, las entidades territoriales no pueden ser consideradas como entidades sanitarias, pues no ostentan tal carácter, en virtud a las competencias que les han sido asignadas. Para el desarrollo del Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas (PIC), relacionado con acciones de promoción y prevención de la salud de la población, las entidades territoriales deben celebrar los contratos para tal fin con las Empresas Sociales del Estado que cuenten con capacidad técnica y operativa ubicadas en su territorio, o en su defecto, con Empresas Sociales del Estado de municipios vecinos y cuando estas no cuenten con capacidad técnica y operativa podrá contratarse con instituciones prestadoras de servicios de salud privadas, organizaciones no gubernamentales y universidades que estén situadas en el municipio, y que tengan la capacidad para adelantar dicha labor. La prestación de los servicios de salud antes enunciados requieren de la correspondiente gestión contractual por parte de las entidades territoriales, lo que implica que de forma oportuna deben diseñar el proceso contractual, de manera que el mismo no surja de una actuación improvisada y carente de planificación, que se vea limitado por la prohibición establecida en la ley de garantías. (...) Durante la vigencia de la restricción prevista en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, las entidades territoriales no pueden suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado para la prestación de los servicios de salud a la población no asegurada, así como tampoco para el desarrollo y ejecución del Plan de Intervenciones Colectivas, de conformidad por lo expuesto en este concepto. Se exceptúa de la anterior prohibición la prestación de los servicios de salud en aquellos eventos en que ocurran emergencias sanitarias o de salubridad que requieran la atención o prestación inmediata y oportuna de los mismos. Debe precisarse que el artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 no habilita a las entidades territoriales para inobservar las prohibiciones que en materia de contratación establece la Ley de Garantías Electorales. Esta norma solamente dispone que las entidades territoriales pueden contratar con un sujeto calificado – Empresas Sociales del Estado o en su defecto con instituciones prestadoras de salud habilitadas- la prestación de los servicios de salud para la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda, con lo cual se garantice su prestación. Además, toda vez que las entidades territoriales no son entidades sanitarias, no pueden suscribir convenios interadministrativos con las Empresas Sociales del Estado para la prestación de los servicios de salud. Por lo tanto, no les es aplicable la excepción prevista en el artículo

33 de la Ley 909 de 2005”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto por subsidios a la demanda, ver: Corte Constitucional, sentencia C-1042 de 2007.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2371 del 12 de junio de 2018; C.P. Oscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00043-00\(2371\). Levantamiento de reserva mediante auto del 15 de junio de 2022.](#)

2. La Agencia Nacional de Seguridad Vial es el ente competente para el diseño y elaboración del Plan Nacional de Seguridad Vial, por su parte, al Gobierno Nacional le corresponde su aprobación mediante un decreto ejecutivo.

Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte formuló una consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la competencia de la Agencia Nacional de Seguridad Vial, ANSV, para la implementación, diseño y aprobación del Plan Nacional de Seguridad Vial, PNSV, de conformidad con las leyes y decretos que han establecido el marco funcional para su expedición y la creación de esta agencia estatal.

SEGURIDAD VIAL / PLAN NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL / GOBIERNO / MINISTERIO DE TRANSPORTE / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE / DECRETO EJECUTIVO

Problema jurídico 1: ¿El Plan Nacional de Seguridad Vial debe ser aprobado por el Gobierno Nacional mediante un decreto ejecutivo?

Tesis: “[U]na interpretación sistemática de los artículos 2, 3, 5 y 9.1.2 de la Ley 1702 de 2013 y los artículos 1, 3.5, 4.7 y 6.4 del Decreto 787 de 2015 permite concluir a la Sala que se otorgaron a la Agencia Nacional de Seguridad Vial-ANSV las funciones de «diseñar» o «elaborar» y «promulgar»-con el entendimiento que expondrá la Sala frente a esta última-, el Plan Nacional de Seguridad Vial, sin que tenga a su cargo la función de «aprobar» el mismo, de conformidad con el objeto que le fue asignado por el artículo 3º de la Ley 1702 de 2013. (...) Para la Sala, visto lo anterior, el Gobierno nacional, mediante decreto ejecutivo suscrito por el presidente de la República, como jefe de Gobierno, y la ministra de Transporte, debe impartir su aprobación al Plan Nacional de Seguridad Vial, como instrumento que contiene los lineamientos de políticas públicas y acciones en materia de seguridad vial. En síntesis, le corresponde a la Agencia Nacional de Seguridad Vial, como entidad de carácter técnico, el diseño y elaboración del Plan Nacional de Seguridad Vial, y al Gobierno nacional, en cabeza del presidente de la República y la ministra de Transporte, su aprobación. En relación con la función de promulgar el Plan Nacional de Seguridad Vial, por parte de la Agencia, a juicio de la Sala, esta debe interpretarse sistemáticamente para concluir que consiste en los actos necesarios para publicar el Plan Nacional de Seguridad Vial en el Diario Oficial, en la forma prevista para los actos administrativos contenida en el artículo 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, en concordancia con el artículo 119 de la Ley 489 de 1998. (...) El Plan Nacional de Seguridad Vial sí debe ser aprobado. El Gobierno nacional, conforme a la Ley 1702 de 2013 y el Decreto 787 de 2015, en la forma prevista en el artículo 115 de la Constitución Política, debe aprobarlo, mediante decreto ejecutivo, con fundamento en las consideraciones expuestas. Al Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, como organismo asesor, no le corresponde aprobar el Plan Nacional de Seguridad Vial, en cuanto se trata de una función asignada al Gobierno nacional.”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concepto de seguridad vial, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 25 de septiembre de 2018. Radicación interna 2397.

SEGURIDAD VIAL / AGENCIA NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL / MINISTERIO DE TRANSPORTE / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE / PLAN NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL / DECRETO EJECUTIVO / ACTOS QUE DEBEN TENER PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL

Problema jurídico 2: ¿La adopción y promulgación del Plan Nacional de Seguridad Vial por parte de la Agencia de Seguridad Vial debe entenderse como los actos necesarios para obtener su publicación?

Tesis: “La función contenida en el artículo 2.7 del Decreto 087 de 2011, consistente en «adoptar» la política, los planes y los programas en materia de seguridad, en los diferentes modos de transporte, se modificó con la expedición de la Ley 1702 de 2013 y su Decreto reglamentario 787 de 2015, marco normativo que no incorporó, en esta materia, la locución «adoptar». Conforme a una interpretación sistemática de las normas, con la expedición de la Ley 1702 de 2013 y el Decreto 787 de 2015, la función de «aprobar» el Plan Nacional de Seguridad Vial le corresponde Gobierno nacional, en los términos del artículo 115 de la Constitución Política. La Agencia Nacional de Seguridad Vial, como organismo especializado y de carácter técnico, tiene como función «diseñar» y «elaborar» el Plan Nacional de Seguridad Vial, mediante la formulación y construcción de su componente técnico. La función de «promulgar», conferida legalmente a la Agencia, debe entenderse como los actos necesarios para obtener la publicación del Plan Nacional de Seguridad Vial en el Diario Oficial, en la forma prevista en el artículo 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, en concordancia con el artículo 119 de la Ley 489 de 1998.”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2467 del 6 de diciembre de 2021; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2021-00072-00\(2467\). Levantamiento de reserva mediante auto del 16 de junio de 2022.](#)

3. El periodo del Contralor Distrital de Bogotá D.C., elegido por el Concejo de Bogotá el 18 de noviembre de 2020 quien tomó posesión el mismo día finaliza el 31 de diciembre de 2021 al tratarse de un período institucional y no individual.

Síntesis del caso: *El Gobierno Nacional, por intermedio del ministro de Justicia y del Derecho, solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado la emisión de un concepto sobre el periodo del actual contralor distrital de Bogotá, D.C., y sobre el momento en que debe efectuarse la elección de los futuros contralores territoriales.*

CONTRALORÍA TERRITORIAL / CONTRALORÍA DISTRITAL / EMPLEADO PÚBLICO DE PERIODO / PERIODO DEL CONTRALOR DEPARTAMENTAL / PERIODO DEL CONTRALOR MUNICIPAL / CONTRALOR DISTRITAL / ELECCIÓN DEL CONTRALOR DISTRITAL / PERÍODO DEL CONTRALOR DISTRITAL / PERÍODO INSTITUCIONAL / PERÍODO INDIVIDUAL / SESIONES DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL / SESIONES DEL CONCEJO MUNICIPAL / SESIONES DEL CONCEJO DISTRITAL

Problema jurídico 1: *¿Cuál es la fecha de terminación del periodo del Contralor Distrital de Bogotá D.C., elegido por el Concejo de Bogotá el 18 de noviembre de 2020 quien tomó posesión el mismo día? ¿Con posterioridad al periodo transitorio de los actuales contralores territoriales, en qué periodo de sesiones ordinarias de la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal y/o Distrital se debe llevar a cabo la convocatoria y elección de los contralores territoriales?*

Tesis: “Los contralores departamentales, distritales y municipales, en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, tienen un periodo institucional u objetivo, que no personal o subjetivo. En efecto, el artículo 125 superior establece que son periodos institucionales los cargos de elección, como sucede en el presente caso, porque los contralores territoriales son servidores públicos elegidos por las asambleas departamentales y los concejos municipales o distritales. Adicionalmente, en criterio de la Sala, al tener los contralores territoriales, originalmente, el mismo periodo de alcaldes y gobernadores, la fecha de inicio y terminación de sus periodos eran las mismas de las de estos funcionarios. Por esa razón, los citados contralores tenían un periodo institucional, premisa que no fue objeto de cambio con el Acto Legislativo 4 de 2019. Al contrario, de la reforma constitucional, se infiere que el constituyente derivado quiso mantener el carácter objetivo de dichos periodos, aunque invirtiendo la regla de coincidencia que las normas superiores establecían, entre estos periodos y los de los mandatarios locales. (...) [L]os principales argumentos que sustentan la posición de la Sala, en el sentido de que el periodo del contralor distrital de Bogotá es institucional, fijo u objetivo, mas no personal o individual, se basan en una interpretación sistemática de la Constitución Política, conforme a la cual: i) por disposición del artículo 272 de la Constitución, en su contenido original y modificado por el Acto Legislativo 2 de 2015, el contralor distrital de Bogotá (como los demás contralores territoriales) se elegía para un periodo de cuatro años, que debía coincidir con el del alcalde distrital; ii) según el artículo 314 superior, el periodo de los alcaldes es institucional. Por consiguiente: iii) el periodo del contralor distrital coincidía con el de los mencionados

servidores públicos de elección popular, y, en esa medida, iv) compartía su naturaleza institucional, pues la Constitución establecía expresamente su duración (4 años) y, del marco superior, podía inferirse claramente cuáles eran las fechas de inicio y terminación del periodo. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los periodos de los órganos del Estado y de los cargos públicos no pueden tener interrupciones o solución de continuidad, más allá de los casos de vacancia previstos expresamente en la Constitución o en la ley, para determinados órganos (como sucede, por ejemplo, con la vacancia del Congreso, entre sus periodos de sesiones ordinarias). Así, no es posible concluir que el periodo de los contralores territoriales elegidos antes del Acto Legislativo 4 de 2019 terminó el 31 de diciembre de 2019, como lo dijo la Sala, pero que el periodo de los nuevos contralores, elegidos después de la promulgación de dicha reforma constitucional, no haya empezado el 1 de enero de 2020, sino en una fecha posterior e indeterminada (dependiendo de la posesión de cada uno), pues ello equivaldría a sostener que, durante cierto tiempo, no hubo contralores territoriales en propiedad (aunque algunas personas hubieran ocupado dichas posiciones en encargo). (...) El periodo del actual contralor distrital de Bogotá, que es institucional, inició el 1 de enero de 2020 y finaliza el 31 de diciembre de 2021, conforme a las razones expuestas en este concepto. (...) Dado que el periodo de los próximos contralores territoriales tiene una duración de 4 años, que empezará el 1 de enero de 2022, según lo explicado en este concepto, es claro que la convocatoria pública y el proceso de elección de dichos servidores públicos han debido realizarse con anterioridad al vencimiento del periodo de transición establecido en el parágrafo transitorio 1 del artículo 272 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019, de tal manera que dichos contralores puedan posesionarse de sus cargos el 1 de enero de 2022. Asimismo, en el futuro, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales deberán calcular los términos requeridos para la convocatoria y elección de los respectivos contralores, de tal manera que se logre agotar, con suficiencia, el proceso de elección de dichos funcionarios, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 56 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 1871 de 2017 (para las asambleas departamentales), el artículo 23 de la Ley 136 de 1994 (para los municipios) y el artículo 10 del Decreto 1421 de 1993 (para el Concejo Distrital de Bogotá), entre otras normas; en los reglamentos de cada una de las corporaciones de elección popular, y en la Resolución 0728 del 18 de noviembre de 2019, expedida por la Contraloría General de la República, o en las reglamentaciones que la sustituyan, modifiquen o adicione. En esa línea, actualmente, la convocatoria y el proceso de elección de los contralores territoriales debe efectuarse en los periodos de sesiones ordinarias de las respectivas asambleas departamentales, concejos municipales y concejos distritales que se sean necesarios para cumplir las etapas y los plazos dispuestos en la reglamentación dictada por la Contraloría General de la República, de tal manera que los correspondientes contralores sean elegidos antes del inicio de su periodo institucional y puedan posesionarse oportunamente.”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el sistema de elección de los contralores territoriales, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 2436 del 12 de noviembre de 2019 y 2443 del 28 de febrero de 2020.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2471 del 15 de diciembre de 2021; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2021-00137-00\(2471\). Levantamiento de reserva mediante auto del 17 de junio de 2022.](#)

4. Por regla general, los aeropuertos públicos que son propiedad de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o que son administrados directamente por ella, no pueden ser gravados con el impuesto predial ni con la contribución de valorización.

Síntesis del caso: El director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), solicita a la Sala emitir un concepto para solucionar la controversia jurídica que existe entre la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y el municipio de Chachagüí (departamento de Nariño), en relación con el cobro coactivo que dicho municipio realiza contra la Aerocivil, por el impuesto predial relacionado con los inmuebles en donde opera el aeropuerto Antonio Nariño.

AEROPUERTO / IMPUESTO PREDIAL / CONTRIBUCIÓN POR VALORIZACIÓN / IMPUESTO TERRITORIAL / SUJETO PASIVO DEL IMPUESTO PREDIAL / SUJETO PASIVO DE LA CONTRIBUCIÓN POR VALORIZACIÓN / BIEN DE USO PÚBLICO / UNIDAD

ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL / INFRAESTRUCTURA AEROPORTUARIA / AEROPUERTO / INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE / SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL / SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE / BIEN DE USO PÚBLICO / BIEN PÚBLICO

Problema jurídico 1: *¿Un aeropuerto de uso público y a cargo de una entidad con carácter de Unidad Administrativa Especial es objeto pasivo del impuesto predial y contribución por valorización?*

Tesis: “[L]os aeropuertos públicos que son propiedad de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, o son administrados directamente por ella, en ejercicio de sus funciones legales, no pueden ser gravados, en principio, con el impuesto predial ni con la contribución de valorización, salvo algunas áreas, en cualquiera de los siguientes dos casos: i) Las construcciones, edificaciones o cualquier tipo de mejora sobre estos bienes, que estén en manos de particulares, pueden ser gravadas con el impuesto predial unificado, por parte de los distritos, tal como lo establecen el artículo 6, numeral 3°, de la Ley 768 de 2012 y el artículo 26, numeral 3°, de la Ley 1617 de 2013. En este evento, como lo señalan expresamente las normas citadas, los particulares ocupantes de tales áreas serán los responsables exclusivos del tributo, y no la entidad pública que actúe como propietaria o administradora legal de los inmuebles. ii) En el caso de los aeropuertos públicos entregados en concesión (a particulares o, eventualmente, a otras entidades públicas), todos los municipios y distritos pueden gravar con el impuesto predial y la contribución de valorización las áreas ocupadas por edificios, parqueaderos y otras instalaciones dispuestas para los usuarios internos o externos, así como los establecimientos mercantiles y las áreas que proporcionen bienes y servicios relacionados con la explotación comercial de dichos aeródromos, sin incluir, en todo caso, las pistas, calles de rodaje, taxeos [sic], hangares y plataformas cuyo objeto sea el de facilitar la operación de las aeronaves, tal como lo dispone expresamente el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010, modificado por el artículo 150 de la Ley 2010 de 2019. En esta segunda hipótesis, el sujeto pasivo del impuesto predial y la contribución de valorización no es, tampoco, la entidad pública propietaria o administradora del aeropuerto (en virtud de la ley), sino «los tenedores a título de arrendamiento, uso, usufructo u otra forma de explotación comercial que se haga mediante establecimiento mercantil dentro de las áreas objeto del contrato de concesión», como lo preceptúa expresamente la norma citada. Aclara la Sala que dichos tenedores pueden ser la misma firma concesionaria u otros terceros (arrendatarios o subarrendatarios, otros concesionarios, etc.). En ambos casos, la posibilidad de gravar con el impuesto predial y la contribución de valorización estas zonas de los aeropuertos públicos, en cabeza de los respectivos tenedores, debe estar prevista en los acuerdos distritales o municipales vigentes que reglamenten el cobro de tales tributos, en el territorio del correspondiente distrito o municipio”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la autorización legal a los municipios y distritos para gravar con el impuesto predial las áreas comerciales dentro de las áreas objeto del contrato de concesión, correspondientes a puertos aéreos y marítimos, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de mayo de 2017, expediente 44001-23-31-003-2011-00192-01(21973).

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre las clases de dominio o propiedad que la Constitución Política permite, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-183 de 2003. Sobre la prohibición para que las entidades públicas celebren contratos de arrendamiento sobre bienes de uso público, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de unificación del 14 de agosto de 2018, radicada con el número 05001-33-31-003-2009-00157-01 (AP) REV-SU. Sobre la desafectación de los bienes de uso público, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 15 de marzo de 2018, rad. n.º 05001-23-31-000-2006-03673-01.

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE / OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE / TRANSPORTE AÉREO / TRANSPORTE AÉREO COMERCIAL / TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS / TRANSPORTE AÉREO DE CARGA / OPERACIÓN DE LA EMPRESA DE TRANSPORTE AÉREO COMERCIAL / BIEN DE USO PÚBLICO / BIEN FISCAL

Problema jurídico 2: *¿La existencia de operadores de prestación de servicio de transporte aéreo de pasajeros y de carga, en un aeropuerto de uso público a cargo de una entidad con carácter de Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica, puede modificar la naturaleza de un predio de uso público al de un bien fiscal?*

Tesis: “La existencia de operadores de prestación del servicio de transporte aéreo de pasajeros y de carga, en un aeropuerto de uso público, a cargo de una entidad estatal (como la Aerocivil), no modifica la naturaleza jurídica de los predios sobre los cuales funciona el aeropuerto, como bienes de uso público, por las razones explicadas en este concepto, y principalmente porque: i) la transformación de un bien de uso público en un bien fiscal requiere que la autoridad competente adopte, en forma consciente, expresa y motivada, la decisión de desafectarlo del uso público, en los casos y con el procedimiento previstos en la ley, y ii) la existencia de oficinas, bodegas, mostradores y otras instalaciones de los operadores del servicio

público de transporte aéreo, en un aeropuerto de uso público, resulta plenamente compatible y coherente con el uso público al que están destinados dichos aeródromos, pues su finalidad no es otra que la de permitir y facilitar la prestación efectiva del servicio público de transporte a todas las personas que lo requieran”.

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE / OPERACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE / TRANSPORTE AÉREO / TRANSPORTE AÉREO COMERCIAL / BIEN DE USO PÚBLICO / AEROPUERTO / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL / EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE BIEN INMUEBLE

Problema jurídico 3: ¿La existencia de operadores de prestación de servicio de transporte aéreo de pasajeros y de carga, en un aeropuerto de uso público a cargo de una entidad con carácter de Unidad Administrativa Especial, mediante licencia de uso a operadores de transporte aéreo, implica que esa entidad (la Aerocivil) está realizando explotación económica del predio?

Tesis: “La existencia de operadores del servicio de transporte aéreo de pasajeros y de carga, en un aeropuerto de uso público a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil (Aerocivil), mediante licencias de uso, no implica que esta entidad se encuentre explotando económicamente el predio o los predios ocupados por dicho aeropuerto, por las razones expuestas en este concepto y, principalmente, porque: i) la presencia permanente de tales operadores es consustancial al funcionamiento de un aeropuerto de tales características y a la adecuada prestación del servicio público de transporte aéreo, y ii) la administración de los aeropuertos públicos, con todo lo que ello implica, es una competencia asignada legalmente a la Aerocivil. Adicionalmente, la licencia de uso es uno de los instrumentos legales con los que puede entregarse transitoriamente a un particular la tenencia y utilización de un bien de uso público, según lo explicado por la jurisprudencia”.

LOCAL COMERCIAL / EXPLOTACIÓN ECONÓMICA DE BIEN INMUEBLE / AEROPUERTO / UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL / BIEN PÚBLICO / BIEN DE USO PÚBLICO / BIEN FISCAL

Problema jurídico 4: ¿La existencia de locales comerciales y la explotación económica de estos por parte de particulares, dentro de los aeropuertos a cargo de una entidad con carácter de Unidad Administrativa Especial, como la Aerocivil, modifica la naturaleza jurídica del predio?

Tesis: “La existencia de locales comerciales y la explotación económica de estos, por parte de particulares, dentro de un aeropuerto de uso público a cargo de la Aerocivil, no modifica la naturaleza jurídica del predio en el cual se encuentren tales establecimientos, por las razones explicadas en este concepto. Lo que podría resultar discutible, a la luz de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, contenida en la Sentencia del 14 de agosto de 2018, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (expediente 05001-33-31-003-2009-00157-01 [AP] REV-SU), es la validez de los contratos de arrendamiento celebrados por la entidad pública propietaria o administradora de los inmuebles, así como la validez de algunos otros contratos, en particular, si su objeto resultare incompatible con la finalidad y el uso público que deben tener los aeropuertos de esta clase”.

MUNICIPIO / COBRO COACTIVO DE TRIBUTOS / MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO / PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN / EMBARGO DE LOS RECURSOS DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN / EXCEPCIONES A LA INEMBARGABILIDAD DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN

Problema jurídico 5: ¿Es viable que los municipios, para obtener el pago de impuestos, acudan al decreto de medidas y embargo de los dineros que hacen parte del Presupuesto General de la Nación?

Tesis: “No es viable, por regla general, que los municipios, para obtener el pago forzoso de impuestos u otros tributos que legítimamente se cobren a entidades públicas del orden nacional, puedan decretar embargos y otras medidas cautelares sobre dineros y bienes que forman parte del Presupuesto General de la Nación, pues tales activos se encuentran protegidos con el principio general de la inembargabilidad. Sin embargo, excepcionalmente, los municipios pueden afectar con tales medidas recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación, en los precisos casos señalados por la jurisprudencia, entre los cuales se encuentra el de las obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en un acto administrativo definitivo y debidamente ejecutoriado, siempre que no hayan sido pagadas en el plazo que establece la ley para las sentencias judiciales (actualmente, en el artículo 192 del CPACA)”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto PL 00003 del 13 de diciembre de 2021; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2021-00084-00\(PL 00003\). Levantamiento de reserva mediante auto del 17 de junio de 2022.](#)

10
GÉNERO Y NO
DISCRIMINACIÓN



BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ACCIÓN DE TUTELA

Se reitera que las empleadas públicas nombradas en provisionalidad en cargos de carrera judicial, que ostentan la calidad de madres cabeza de familia, tienen derecho a la estabilidad laboral.

Síntesis del caso: La accionante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de oficial mayor, en provisionalidad, en el Juzgado Promiscuo de Familia del Líbano. El Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, en cumplimiento del cronograma fijado para la Convocatoria 4 de 2017, remitió al Juzgado mencionado la lista de elegibles para proveer el cargo de oficial mayor nominado. Esta Corporación concluyó, en sede de tutela, que, si bien los empleados públicos nombrados en provisionalidad no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, la entidad accionada debe tener en cuenta las condiciones particulares de la tutelante como madre cabeza de familia, por lo que ordenó que, en caso de que se presente una vacante en el futuro en ese despacho y que la accionante cumpla con los requisitos para ocuparla, realice su nombramiento, siempre y cuando subsista su condición especial.

ACCIÓN DE TUTELA / ACCIÓN DE TUTELA EN LOS CASOS DE DESVINCULACIÓN LABORAL DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / MADRE CABEZA DE FAMILIA / VIOLACIÓN DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL TRABAJADOR / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MADRES CABEZA DE FAMILIA / DESVINCULACIÓN DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

Problema jurídico: ¿El Tribunal Administrativo del Tolima vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora [H.L.C], por la desvinculación como empleada nombrada en provisionalidad, teniendo en cuenta que ostenta la condición de madre cabeza de familia?

Tesis: “No cabe duda de que la desvinculación de la señora [H.L.C] como oficial mayor del Juzgado Promiscuo de Familia del Líbano obedeció a la existencia de una causal objetiva, esto es, la realización de un concurso de méritos realizado por la entidad para proveer los cargos que se encontraban en provisionalidad, en el entendido que dicho empleo fue provisto en carrera administrativa, por quien ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles conformada para el efecto. En ese orden de ideas, la Subsección colige que la decisión del juez promiscuo de familia del Líbano de nombrar, en propiedad, a la persona que superó el concurso de méritos y quedó en el primer lugar en la lista de elegibles que se conformó para proveer el cargo de oficial mayor en ese despacho, se encuentra ajustada a derecho y obedece a una decisión válida, objetiva y legítima. Sin embargo, en esta sede constitucional, no puede pasarse por alto la salvaguarda especial que le asiste a la señora [H.L.C] por su condición de madre cabeza de familia y la necesidad de garantizar, por esa razón, su derecho a la estabilidad laboral reforzada, lo cual no implica desconocer los derechos de carrera que le asisten a la persona que superó satisfactoriamente el proceso de selección. Por lo anterior, se revocará la sentencia del 6 de abril de 2022 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que negó el amparo deprecado y, en su lugar, se amparará el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora [H.L.C] y se ordenará al juez promiscuo de familia del Líbano que, en caso de que se presente una vacante en el futuro en ese despacho y que la solicitante del amparo cumpla con los requisitos para ocuparla, realice su nombramiento, siempre y cuando subsista la condición especial que detenta.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; sentencia del 17 de junio de 2022; C.P. William Hernández Gómez, radicación: 73001-23-33-000-2022-00146-01 \(AC\).](#)

SECCIÓN QUINTA

No se afectó la ley de cuota con el nombramiento del ministro de cultura en el Gobierno Nacional.

Síntesis del caso: Se demandó el decreto 030 del 12 de enero de 2021, por medio del cual el presidente de la República nombró al señor Pedro Felipe Buitrago Restrepo, como ministro de Cultura, aduciendo que con dicho nombramiento se desconoció el mínimo de 30% femenino exigido por el artículo 4 de la Ley 581 de 2000. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que declaró que no había carencia actual de objeto por hecho superado y negó las pretensiones de la demanda, luego de concluir que para la fecha de expedición del acto acusado había 6 mujeres en el gabinete ministerial, de modo que la participación femenina estaba acorde con la Ley 581 de 2000.

DERECHO A LA IGUALDAD DE LA MUJER / PARTICIPACIÓN DE LA MUJER EN LOS NIVELES DECISORIOS / CUOTA DE GÉNERO / GABINETE MINISTERIAL / INTEGRACIÓN GABINETE MINISTERIAL / CUOTA DE GÉNERO / DESIGNACIÓN DE MINISTRO

Problema jurídico: Se contrae a determinar si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la decisión de primera instancia, para lo cual se debe establecer si para la fecha en que se expidió el Decreto 030 del 12 de enero de 2021, por el cual el presidente de la República nombró al señor Pedro Felipe Buitrago Restrepo como ministro de cultura, se tuvo en cuenta el mínimo de 30% femenino exigido por el artículo 4 de la Ley 581 de 2000.

Tesis: “[L]e corresponde al nominador, en este caso al presidente de la República, al momento de escoger quienes liderarán cada uno de los ministerios, tener en cuenta el imperativo que surge de la norma estatutaria donde se establece que al menos 30% de estas carteras deben estar en cabeza de mujeres, es decir que las designaciones no pueden estar por debajo de este porcentaje. Así en este asunto, la cuota es exigible para el caso que nos ocupa, en tanto encuadra en los supuestos de la norma estatutaria [artículo 4 de la Ley 581 de 2000], esto es, en la designación de funcionarios del más alto nivel decisorio del poder público, donde se debe garantizar bajo la égida de la paridad un porcentaje representativo de mujeres, el cual, en ningún caso podrá ser menor al 30% que resulte de los cargos a proveer. (...). Conforme con la demanda, (...) se precisó que, para el 12 de enero de 2021, fecha en la que fue nombrado como ministro de Cultura el señor Pedro Felipe Buitrago Restrepo, el gabinete ministerial estaba compuesto así: (...) hay 5 mujeres nombradas en los ministerios de: (i) Ciencia, Tecnología e Innovación; (ii) Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; (iii) Relaciones Exteriores; (iv) Educación Nacional; y, (v) Transporte. Así mismo, llama la atención que frente al Ministerio del Interior se relaciona al señor Daniel Andrés Palacios Martínez, nombrado a través del Decreto 033 de 2021, quien se posesionó el 18 de enero de 2021, conforme lo mencionan y aceptan las partes, pero en realidad no fue ese día, pues según el acta 876 la posesión ocurrió el 16 de enero de 2021. En este orden de ideas, surge la pregunta: ¿quién fungía como ministro del Interior antes y/o para el momento en que fue designado el señor Buitrago Restrepo como ministro de Cultura? La respuesta no es otra distinta a la señora Alicia Arango, conforme se advierte del Decreto 031 del 12 de enero de 2021. (...). La anterior circunstancia es de suma importancia, porque a partir de la misma se puede identificar que para el 12 de enero de 2021, día en el que se expidió el acto acusado en esta oportunidad, fungía como ministra del Interior la señora Alicia Arango, a quien se le aceptó la renuncia al cargo a partir del 16 de enero de esa anualidad, lo que permite concluir que para el instante en que se nombró al señor Buitrago Restrepo como ministro de Cultura, a través del Decreto 030 de enero 12 de 2021, había 6 mujeres en el gabinete ministerial, no 5 como se afirma en la demanda, con lo cual no se habría desconocido la cuota de género en los términos propuestos por la parte actora. En este orden de ideas, se evidencia que al proferirse el Decreto 030 del 12 de enero de 2021, se encontraban nombradas 6 mujeres como ministras, es decir que la participación femenina estaba cubierta. (...). En consecuencia, no se evidencia que con la expedición del Decreto 030 del 12 de enero de 2021 que designó como ministro de Cultura al señor Pedro Felipe Buitrago Restrepo, se haya reducido la participación de las mujeres en el gabinete ministerial, lo que impone confirmar la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 2 de junio de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 25000-23-41-000-2021-00557-01.](#)