

EDICIÓN  
**258**  
SEPTIEMBRE 2022



#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. 258, septiembre 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.....	35
IV. SECCIÓN PRIMERA.....	38
V. SECCIÓN SEGUNDA.....	46
VI. SECCIÓN TERCERA.....	58
VII. SECCIÓN CUARTA.....	84
VIII. SECCIÓN QUINTA.....	96
IX. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	103
X. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	123
XI. SEPARATA ESPECIAL DE GÉNERO.....	127

# EDITORIAL

*El Consejo de Estado se ha propuesto a lo largo de los últimos años, difundir su jurisprudencia y aumentar el número de suscriptores al boletín, con el fin de ayudar a las buenas prácticas judiciales y a la formación académica; es por esto, que se han implementado diversas estrategias de divulgación que han logrado que, a la fecha de publicación del presente documento, alcancemos un total de 36.616 suscriptores, superando con creces las metas trazadas por la Corporación.*

*En esta ocasión presentamos algunas decisiones de trascendencia nacional que exponemos a continuación:*

*El Consejo de Estado, actuando como juez constitucional, resolvió amparar el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos de un ciudadano que se encontraba en lista de elegibles, y a quien no se le nombraba hasta tanto terminara la licencia de maternidad de la servidora que ocupaba el cargo en provisionalidad. Consideró que, se debía cumplir con los estándares jurisprudenciales del fuero de estabilidad por maternidad para estos casos, es decir, el pago de la prestación de la licencia, sin que ello implique dejar de nombrar a quien ocupa el primer lugar de la lista de elegibles.*

*En otro asunto de la misma naturaleza, se ordenó a la Unidad Nacional de Protección, que de manera inmediata aplique y entregue integralmente las medidas de urgencia previamente aprobadas, a un ex combatiente de la FARC-EP, en proceso de reincorporación a la vida civil.*

*En un caso de competencia de la Sección Tercera, se declaró la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación por el daño especial ocasionado con la captura de un ciudadano solicitado en extradición, al no haber verificado previamente los requisitos formales de dicha figura de cooperación internacional.*

*La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, mediante Sentencia de Unificación, definió cual es la norma aplicable para la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes de la pensión gracia, en relación con el requisito de la convivencia de los beneficiarios.*

*En punto de equidad de género y no discriminación, la Sección Quinta mediante acción de nulidad electoral, consideró que se afectó la ley de cuota de género con el nombramiento del Ministro de Defensa Nacional, Diego Andrés Molano Aponte.*

*Los invitamos a consultar y a suscribirse al boletín a través del siguiente link:*  
<https://forms.office.com/r/zBUXSqL5Ac>

# I. NORMAS ANULADAS, SUSPENDIDAS, LEGALIDAD CONDICIONADA Y EXHORTOS ANULADAS

## SECCIÓN PRIMERA

1. El Decreto 022 de 2009, “[...] Por medio del cual se ajusta el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Gachancipá [...]”, expedido por el Alcalde del Municipio de Gachancipá: el artículo 120.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de mayo de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 25000-23-24-000-2011-00881-02. \(ver página 44 de este boletín\).](#)

2. El Acuerdo 21 de 2008, “Por medio del cual, el Concejo Municipal de Soacha establece una preceptiva municipal, para una ciudad más sana, amable y humana, en defensa de la integridad de la ciudadanía, del espacio público y de su descontaminación y, en lo relacionado con las redes de servicios públicos, así: red aérea existente en espacio público, red subterránea en espacio público, acometidas en espacio público, infraestructura de las redes de servicios públicos, elementos de las redes de servicios públicos, programa de manejo, ordenamiento y subterranización de redes en el espacio público y normas técnicas (sic) generales para diseño y construcción (sic) de canalizaciones y distribuciones en el espacio público”, expedido por el Concejo del Municipio de Soacha.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de agosto de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 25000-23-24-000-2010-00271-01. \(ver página 41 de este boletín\).](#)

## SECCIÓN CUARTA Anuladas y Legalidad Condicionada

1. La Resolución 13004 del 19 de abril de 2017, expedida por la Superintendencia de Puertos y Transporte: Se anulan los códigos 4165 y 4170 del numeral 2, aparte “Para 2017” del numeral 3.2.1. del artículo 1.

La Resolución 036699 del 1 de agosto de 2016, expedida por la Superintendencia de Puertos y Transporte: Se condiciona la legalidad del numeral 1.2 del artículo 1, en el entendido de que los ingresos brutos reportados sobre los cuales puede liquidarse la contribución especial de vigilancia a favor de dicha entidad, son todos aquellos que recibe el vigilado por las actividades relacionadas con el tránsito, transporte, su infraestructura o sus servicios conexos y complementarios, durante el período anual anterior, sin restarle las contribuciones, gastos, costos, tributos, descuentos y deducciones.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de julio de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2019-00024-00 \(24586\) \(ver página 85 de este boletín\).](#)

2. El Decreto 1625 del 11 de octubre de 2016, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria”, proferido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

- Se anula el inciso 8 del artículo 1.2.2.2.4.1., sustituido por el artículo 2 del Decreto 2120 de 2017.

- Se condiciona la legalidad del aparte “la fecha para la fijación del precio indicada en el acuerdo, no constituirá prueba fiable”, contenido en el inciso 6 del artículo 1.2.2.2.4.1., sustituido por el artículo 2 del Decreto 2120 de 2017, a que se entienda que, aunque la fecha fijada en el acuerdo pierda fiabilidad, el contribuyente aún puede acreditarla con otros medios de prueba.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de julio de 2022, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2021-00022-00 \(25518\) \(ver página xxx de este boletín\).](#)

## SUSPENDIDAS

### SECCIÓN PRIMERA

1. El Decreto 2025 de 2011, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010”, expedido por el Gobierno Nacional: el artículo 3.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 29 de junio de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-25-000-2015-00548-00. \(ver página 43 de este boletín\).](#)

2. La Resolución 02370 de 2019, “Por la cual se modifica una Licencia Ambiental”, expedida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA: Los artículos 2, 4 y 12, en lo que respecta a las especies Andinobates fulguritus, Andinobates bombetes, Oophaga histriónica, Chlorochrysa nitidissima, Rupicola peruvianus y que fueron referidas en los numerales 5, 6, 13, 23, y 24 de la tabla de localidades del artículo 12.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 4 de agosto de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2020-00431-00. \(ver página 40 de este boletín\).](#)

## EXHORTOS

### La Sección Segunda exhortó al Ministerio de Justicia para que implemente y capacite a los Comisarios de Familia en medidas de protección

Exhórtese al Ministerio de Justicia y del Derecho para que proceda a realizar implementaciones y capacitaciones sobre el manejo de las medidas de protección que deben ordenar los comisarios de familia y procurar que dichos funcionarios tengan acceso a una red de información que incluya antecedentes, denuncias, quejas y medidas de protección solicitadas a nivel nacional respecto de los querellados.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 28 de abril de 2022, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, rad 15001-23-33-000-2016-00615-01 \(3897-2019\)](#)

1  
ASUNTOS  
CONSTITUCIONALES



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# ACCIONES DE TUTELA

## 1. Se vulneró el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos del ciudadano que se encontraba en la lista de elegibles y a quién no se le nombró hasta tanto terminara la licencia de maternidad de la servidora que ocupaba el cargo en provisionalidad

*Síntesis del caso:* El Consejo de Estado, actuando como juez constitucional, resolvió amparar el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos del accionante, toda vez que el juzgado accionado, y a pesar de ser el primer opcionado para esa plaza dentro de la lista de elegibles, no lo nombró bajo el argumento que debía transcurrir el tiempo de la licencia de maternidad quien desempeñaba el cargo de oficial mayor en provisionalidad. Esta Corporación consideró que se debía cumplir los estándares jurisprudenciales de garantía al fuero de estabilidad por maternidad, es decir, el pago de las prestaciones de la licencia, sin que ello implique dejar de nombrar a quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles.

**IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE TUTELA DE ACCIÓN DE TUTELA / CARGA ARGUMENTATIVA DE LA IMPUGNACIÓN / ARGUMENTO NUEVO / INCIDENTE DE NULIDAD / NEGACIÓN DE LA SOLICITUD DE NULIDAD / SANEAMIENTO DE LA NULIDAD PROCESAL / CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

*Problema jurídico:* [¿Hay lugar a acceder a las solicitudes de nulidad propuestas, en sede de impugnación, por el Juez Penal del Circuito del Guamo y la señora D.M.B.M., relacionadas con la indebida notificación del auto admisorio de la demanda de amparo, por falta del anexo del escrito de tutela?]

**Tesis:** “La Sala, de manera previa a estudiar los reparos formulados contra el fallo de primera instancia, se pronunciará respecto de las solicitudes de nulidad que elevaron el Juez Penal del Circuito del Guamo y la señora [D.M.B.M.], que las fundamentaron en que, cuando les fue notificado el auto que admitió la tutela, no se anexó el escrito de amparo, por lo que estiman fueron notificados de forma irregular. (...) En este caso, está acreditado que, por auto del 29 de abril de 2022, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la tutela y ordenó vincular a la señora [D.M.B.M.] y al Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima; asimismo, dispuso que, “por Secretaría, notifíquese de la presente acción de tutela a las accionadas, conforme el artículo 16 del Decreto Ley 2591 de 1991 (...)”. La notificación del auto que admitió la tutela se surtió el 29 de abril de 2022, sin que esté acreditado que la Secretaría del Tribunal Administrativo del Tolima haya enviado vía correo electrónico el escrito de tutela interpuesto por el señor [F.E.A.A.G.]. (...) Pese a lo anterior, el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima rindió informe el 2 de mayo de 2022 vía correo electrónico y, en dicha oportunidad, no manifestó la inconformidad que ahora invoca en el escrito de impugnación, esto es, que se había notificado indebidamente el auto que admitió la tutela. Lo mismo ocurre en relación con la señora [D.M.B.M.], dado que, en la misma fecha, allegó informe a este proceso de tutela y no expuso lo que ahora alega en sede de impugnación. Cabe agregar que, en los informes rendidos, tampoco se puso de presente la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción por no conocer el escrito de amparo, tal como se manifestó en las correspondientes impugnaciones. Así las cosas, la Sala rechazará la nulidad formulada por el Juez Penal del Circuito del Guamo – Tolima y la señora [D.M.B.M.], en la medida en que, aunque no se anexó en la notificación del auto que admitió la tutela el escrito de amparo presentado por el actor, se tiene que los interesados rindieron informe en oportunidad, sin manifestar la irregularidad que en sede de impugnación alegan, por lo que la pretendida nulidad quedó saneada, de acuerdo con lo establecido por el numeral 1 del artículo 136 del Código General del Proceso.



**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / INEFICACIA DE MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN**

*Problema jurídico 2: [¿Se encuentra acreditada, en el asunto de la referencia, la falta del cumplimiento del requisito de subsidiariedad en la acción de tutela; en tanto que está pendiente por decidirse el recurso de apelación interpuesto contra el acto administrativo que se abstuvo de efectuar el nombramiento, en propiedad, del accionante en el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Penal del Circuito del Guamo – Tolima?]*

**Tesis 2:** [A juicio de la Sala,] no le asiste razón a los impugnantes cuando argumentan que la tutela es improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad, dado que el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022 no era procedente tal como lo sostuvo la sala plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué; por lo que, dicho recurso no constituía un medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales. De otro lado, aunque no fue alegado por los impugnantes, la Sala reitera que el hecho que presuntamente le está vulnerando los derechos fundamentales al actor se circunscribe a la expedición de la Resolución nro. 004 del 8 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Penal del Circuito del Guamo - Tolima se abstuvo de nombrarlo en propiedad en el cargo de oficial mayor o sustanciador de juzgado de circuito en la vacante existente en dicho despacho, por lo que, en principio, el accionante podría controvertir la legalidad del acto a través de los medios de control previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo e incluso solicitar el decreto de las medidas cautelares que considere pertinentes. (...) [Ahora bien,] [d]e acuerdo con la jurisprudencia [de la Corte Constitucional] (...), la Sala concluye que, en este caso, la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo de protección de los derechos fundamentales. Lo anterior, debido a que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para este asunto, no resulta ser idóneo y eficaz para garantizar el derecho de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; en primer lugar, porque el señor [A.G.] está de primero en la lista de elegibles para proveer en propiedad el cargo de oficial mayor o sustanciador en el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, luego del desistimiento hecho por los ciudadanos que ocupaban el primer y segundo lugar, a lo que se acota que en la tutela ninguna de las partes o vinculados controvertió el derecho del accionante a ocupar el cargo; lo que se discute es si el actor debe esperar a que la señora [B.M.] finalice la licencia de maternidad para ser nombrado en propiedad, asunto que, sin lugar a duda, no da espera. Adicionalmente y en concordancia con lo dicho, la inconformidad del accionante, que estima vulnera los derechos fundamentales, radica en que no será nombrado hasta que finalice el período de licencia de maternidad de la señora [D.M.B.M.], por lo que, una vez cumplida la licencia, no sería necesaria la protección que reclama por vía de tutela. En otras palabras, cuando se resuelva la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, la licencia de maternidad ya se habría cumplido. (...) No sobra advertir que, los impugnantes alegan que el actor no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela; sin embargo, la Sala considera que no les asiste razón, por cuanto como quedó visto, en este caso, la tutela procede como un mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales al constatar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es idóneo ni eficaz.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA / NOMBRAMIENTO DEL EMPLEADO DE CARRERA JUDICIAL / NEGATIVA DEL NOMBRAMIENTO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / LICENCIA DE MATERNIDAD / CARGO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES / PRESTACIONES ECONÓMICAS POR LICENCIA DE MATERNIDAD / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A CARGO PÚBLICO**

*Problema jurídico 3: ¿La desvinculación de la señora D.M.B.M., quien ocupa en provisionalidad el cargo de Oficial Mayor en el referido Juzgado, supone un desconocimiento de su estabilidad laboral reforzada por su fuero de maternidad?*

**Tesis 3:** [La Sala] advierte que, en este caso, no se debate si al señor [A.G.] le asiste o no el derecho a ser nombrado en propiedad en el cargo de oficial mayor o sustanciador en el Juzgado Penal del Circuito del

Guamo, sino si su nombramiento se debe o no postergar hasta que se cumpla la licencia de maternidad de la señora [B.M.]. Frente a este tipo de asuntos, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en indicar que, cuando una mujer embarazada ocupa un cargo en provisionalidad, debe efectuarse el nombramiento en propiedad con la persona que ocupa el primer puesto en la lista de elegibles y, como medida de protección a la maternidad, es procedente ordenar el pago de las prestaciones que garanticen la licencia de maternidad. Por lo expuesto, la Sala modificará el numeral primero del fallo de tutela proferido el 9 de mayo de 2022 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el que dispuso el amparo del derecho fundamental al debido proceso del actor, para, en su lugar, amparar el derecho fundamental de acceso a cargos públicos, dado que fue éste el derecho que resultó comprometido con la decisión del Juez Penal del Circuito del Guamo de postergar el nombramiento en propiedad hasta que finalice la licencia de maternidad de la señora [B.M.].

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Subsección C, sentencia del 14 de julio de 2022, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 73001-2333-000-2022-00181-01 \(AC\).](#)

## **2. Vulnera el derecho al debido proceso el auto que no declara fundado el impedimento del secretario del despacho por incurrir en un defecto sustantivo por aplicación indebida de la norma**

**Síntesis del caso:** *En el marco de un proceso judicial se declaró infundado el impedimento dirigido contra el secretario del despacho que adelantaba el trámite, por considerar que las causales previstas en el artículo 146 del Código General del Proceso, únicamente se aplican para los funcionarios judiciales. No obstante, la Corporación, en sede de tutela, consideró que se aplicó en indebida forma la disposición normativa, toda vez que estas causales también son aplicables a los secretarios judiciales, y, en consecuencia, se vulneraron los derechos fundamentales de la parte actora.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUTO QUE RESUELVE IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO DEL SERVIDOR PÚBLICO / SECRETARIO DEL JUZGADO / NEGACIÓN DEL IMPEDIMENTO / CAUSALES DE IMPEDIMENTO / IMPEDIMENTO POR INTERÉS EN EL PROCESO / RECONOCIMIENTO DE BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / APLICACIÓN INDEBIDA DE LA NORMA / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Problema jurídico:** *[La Sala deberá] establecer si [¿]se configuró un defecto sustantivo por cuanto el juzgado accionado declaró infundado el impedimento manifestado por la demandante en desatención de lo preceptuado en el artículo 146 del Código General del Proceso[?]*

**Tesis:** “[L]a Sala revocará la decisión de primera instancia que declaró improcedente la tutela por carencia del presupuesto de relevancia constitucional y, en su lugar, se accederá al amparo pues encuentra que se incurrió en un defecto sustantivo. (...) [En efecto,] le asiste razón a la parte actora en punto a que efectivamente el artículo 146 del Código General del Proceso estatuye que los secretarios están impedidos y pueden ser recursados por las mismas causales establecidas para los funcionarios, a excepción de las contempladas en los numerales 2 y 4. (...) Fue precisamente en virtud de esa norma que la actora le manifestó al Juzgado Segundo Transitorio Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá que se encontraba impedida para conocer los procesos en los que se solicitó su apoyo por encontrarse incurso en las causales 1, 5, 6, 9, 10 y 14 del artículo 141 de Código General del Proceso. Sin embargo, mediante auto del 8 de marzo de 2022 se declaró infundado el impedimento con fundamento en que la función delegada en los secretarios de los despachos permanentes de prestar su apoyo a los despachos transitorios fue establecida en el en el parágrafo 3 del artículo 3 del Acuerdo PCSJA22-11918 del 2 de febrero de 2022 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura y en la medida que las labores adelantadas por los secretarios son de impulso de los procesos que se desarrollan con arreglo a

ritualidades y términos objetivos, lo cual no compromete la imparcialidad de estos del mismo modo y al mismo nivel que sí se vería comprometida la de los funcionarios judiciales que tuviesen interés directo. (...) [Así las cosas,] la Sala advierte que se interpretó indebidamente el artículo 146 del Código General del Proceso pues con base en un razonamiento sin sustento jurídico de la norma, excusada en las funciones que desempeñan los secretarios de los juzgados, se desatendió la voluntad del legislador que de manera expresa, clara e inequívoca señaló que los secretarios “los secretarios están impedidos y pueden ser recusados en la misma oportunidad y por las causales señaladas para los jueces, salvo las de los numerales 2 y 12 del artículo 141”, excepciones que en todo caso tampoco se encontraban en discusión en tanto las casuales que invocó la actora fueron 1, 5, 6, 8, 10 y 14 del artículo 141 del CGP. En esa medida, bajo la justificación de que los secretarios ejercen funciones meramente de impulso y no tienen incidencia en la decisión, el juzgado demandado no podía imponer una interpretación abiertamente en contravía de lo que la propia norma estableció, pues precisamente el instituto de los impedimentos y las recusaciones lo que pretenden es garantizar la imparcialidad de quienes, debido a sus funciones, tramitan y deciden los procesos”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 7 de julio de 2022, C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación 25000-23-15-000-2022-00409-01 \(AC\).](#)

### **3. Se ordena a la Unidad Nacional de Protección que, de manera inmediata, aplique y entregue integralmente las medidas de urgencia previamente aprobadas a un ex combatiente de las FARC-EP, en proceso reincorporación a la vida civil.**

*Síntesis del caso: Un ex combatiente de las FARC-EP, en proceso reincorporación a la vida civil, ejerció una acción de tutela contra la Unidad Nacional de Protección y el presidente de la República, por la omisión en la que ha incurrido la Unidad en la materialización de unas medidas de protección (un vehículo blindado, dos agentes escoltas con su respectiva dotación, un chaleco de protección balística, un medio de comunicación, un botón de apoyo y un curso de autoprotección) que le fueron aprobadas mediante un trámite de emergencia desde hace más de tres meses.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA / VIOLACIÓN DE LA SEGURIDAD PERSONAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD / UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN / SOLICITUD ANTE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN / RESPONSABILIDAD DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN / EX COMBATIENTE / REINCORPORACIÓN A LA VIDA CIVIL DE GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / RIESGO / MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIAL / ACUERDO DE PAZ / ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA / PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL**

*Problema jurídico: ¿El presidente de la República y la Unidad Nacional de Protección vulneran los derechos fundamentales a la vida y seguridad del accionante y su familia, al omitir la implementación de forma inmediata de las medidas de seguridad que le fueron aprobadas, mediante un trámite de emergencia, debido a que es un ex combatiente de las FARC-EP en proceso reincorporación a la vida civil?*

**Tesis:** “[S]e demanda por esta vía constitucional a la Unidad Nacional de Protección (UNP) y al presidente de la República con el fin de que se protejan los derechos constitucionales fundamentales a la vida y seguridad, presuntamente vulnerados por la tardanza en la implementación integral de unas medidas de protección que fueron aprobadas a favor del demandante. (...) [E]n lo que atañe al caso concreto se tiene

que, a pesar de que el despacho ponente mediante auto de 11 de agosto admitió el proceso de acción de tutela de la referencia y decretó con carácter de urgencia la medida provisional solicitada por el actor, en virtud de la cual se ordenó al director y al subdirector de la Subdirección Especializada y de Protección de la Unidad Nacional de Protección que, de manera inmediata, tan pronto como le fuera notificada tal decisión, aplicaran y entregaran integralmente las medidas de protección de urgencia previamente aprobadas en el formato de implementación de medidas de emergencia T.E. No. 498 del 24 de abril de 2022, lo cierto es que a la fecha de esta decisión la autoridad a la fecha no ha materializado de manera integral tales medidas y ni siquiera rindió informe. (...) Bajo ese contexto, ante la omisión de la autoridad accionada en entregar tales medidas que previamente fueron aprobados con carácter de emergencia, para la Sala es claro que existen razones suficientes para acceder al amparo solicitado y evitar la consumación de un perjuicio irremediable puesto que se encuentra en inminente peligro la vida del actor y de su familia, máxime si se tiene en cuenta que dicha autoridad tampoco acató la orden judicial adoptada en el auto del 11 de agosto de 2022 que accedió a la medida provisional. (...) [E]s preciso poner de presente que según el mismo Decreto 299 de 2017 el término con el que cuenta la UNP para adoptar las medidas previamente reconocidas en el trámite de emergencia es de 5 días, plazo que se encuentra ampliamente superado sin que se haya justificado dicha omisión. En efecto, tal como lo manifestó el actor, desde que esta[s] se concedieron han transcurrido más de 3 meses y a la fecha de esta providencia siguen sin implementarse en su totalidad, hecho que sumado a la falta de pruebas que desvirtúen las afirmaciones de la demanda conllevan a que se aplique la presunción de veracidad contenida en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 (...).”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de agosto de 2022, C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-15-000-2022-04299-00 \(AC\).](#)

## **4. No se desconocen los derechos fundamentales de la persona a quién no se le reliquidó su mesada pensional con la inclusión de la totalidad de todos los conceptos devengados durante el último año de servicios**

*Síntesis del caso: El juez constitucional determinó que no se configuró defecto sustantivo por indebida aplicación del régimen normativo que regula el IBL, como tampoco un desconocimiento del precedente vertical ni horizontal, toda vez que se citaron providencias que no comparten una relación analógica con el problema jurídico de la sentencia objeto de tutela. En este orden de ideas, no se vulneraron los derechos fundamentales de la parte actora.*

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL HORIZONTAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL VERTICAL / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

*Problema jurídico: [¿Incurrió la autoridad judicial accionada en los defectos sustantivo, desconocimiento del precedente judicial horizontal, vertical y constitucional, al proferir la sentencia del 16 de septiembre de 2021, que revocó la decisión de primera instancia para negar las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?]*

*Tesis: “[En el caso sub examine, las inconformidades de la tutelante giran en torno a los factores salariales que conforman el IBL para reliquidar su pensión de vejez. En esa medida, adujo que se incurrió en defecto sustantivo por dos razones: i) indebido análisis y aplicación del régimen que regula el IBL del personal del INPEC; y ii) desconocimiento del precedente horizontal y vertical, que aduce reconocieron la reliquidación*

de una pensión de personal del INPEC bajo el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y con base en el último año de servicio. (...) La tutelante aduce que está cobijada por el régimen de transición, y que por lo tanto, debió elegirse la interpretación del Decreto 1950 de 2005 y del parágrafo 5 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, conforme los cuales se aplica la Ley 32 de 1986 a quienes se hubieren vinculado al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto es, el 28 de julio de 2003. (...) Al verificar la motivación del fallo objeto de reproche, esta Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Santander efectuó un análisis razonable y motivado del marco normativo (...) [C]ontrario a lo afirmado por la parte actora, la autoridad judicial accionada no solo efectuó un estudio minucioso acerca de las normas que regulan el régimen pensional de trabajadores del INPEC, sino también de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 sobre los factores salariales que conforman el IBL (...) Así las cosas, resulta palmario que la autoridad judicial accionada no incurrió en el defecto alegado bajo este supuesto. (...) [En relación con el desconocimiento del precedente horizontal] [I]a tutelante argumentó que la autoridad judicial accionada incurrió en este defecto por omitir la sentencia del 2 de mayo de 2022 del Tribunal Administrativo de Santander, que ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de una persona que trabajó para el INPEC, con el 75% de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio, y que se encontraban enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. También consideró que la prima de riesgo contemplada en el Decreto 446 de 1994 no constituye factor salarial, y al no estar enlistada en el Decreto 1045 de 1978 no puede ser incluida en la liquidación de la pensión del actor, en tal asunto. (...) No obstante, se resalta que se trata de una providencia posterior a la sentencia cuestionada, en tanto el fallo reprochado es del 16 de septiembre de 2021, mientras que la que se alega como desconocida es del 2 de mayo de 2022, por lo que resultaba imposible para el magistrado ponente conocerla. Además, los problemas jurídicos son diferentes (...) Por ende, la autoridad judicial accionada no incurrió en el defecto alegado. (...) [En cuanto al desconocimiento del precedente vertical] [I]a tutelante argumentó en el escrito de impugnación que la autoridad judicial accionada incurrió en este defecto por omitir las (...) sentencias del Consejo de Estado (...) Si bien todas las sentencias se refieren a la regla de que resulta desproporcionado y más gravoso exigir el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para determinar si una persona es beneficiaria del régimen de transición, lo cierto es que los problemas jurídicos que resuelven son distintos. (...) Adicionalmente, las sentencias con radicado núm. 2011-00807-01 y 2017-04906-01 se refieren a supuestos fácticos distintos, pues se tratan de empleados de la Aeronáutica Civil. En cuanto a la sentencia con radicado núm. 2017-03359-01, se trata de una persona que trabajó en el INPEC, pero se aplican las mismas reglas de la sentencia que aquí se reprocha, dado que ordenó ajustar la pensión conforme los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 y con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hubiere cotizado. (...) Por último, no son sentencias de unificación, razones suficientes para considerar que la autoridad judicial accionada no incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente. (...) [Frente al desconocimiento del precedente constitucional] en el sub examine, la Sala comparte la postura del a quo constitucional, en el sentido de que a pesar de que la tutelante no invocó como desconocida la sentencia T-012 de 2022, lo cierto es que el escrito de tutela se centró en un extracto de esa sentencia (...) Tras revisar la sentencia, esta Sala encuentra que se profirió el 21 de enero de 2022, mientras que el fallo objeto de reproche se profirió el 16 de septiembre de 2021, por lo que le resultaba imposible para el Tribunal Administrativo de Santander conocer una decisión que ni siquiera existía. (...) Adicionalmente, coincide esta Sala con el juez constitucional de primera instancia en que se tratan de problemas jurídicos diferentes (...) Por lo mencionado, la Sala no encuentra configurado el defecto de desconocimiento del precedente constitucional, pues los fallos traídos se refieren a supuestos jurídicos diferentes a los estudiados en el caso bajo estudio y es posterior a la sentencia objeto de reproche. (...) En conclusión, la Sala confirmará la decisión dictada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que negó el amparo, pero por considerar que no se incurrió en los defectos sustantivo ni de desconocimiento del precedente constitucional.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 21 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 34 / DECRETO 1158 DE 1994”.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2022, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2022-01813-01 \(AC\).](#)

**5. Se insta al Gobierno Nacional para que dé cumplimiento completo al plan de sustitución de**

## **cultivos ilícitos frente a las familias adscritas a dicho programa en el municipio de Miraflores, Guaviare.**

***Síntesis del caso:** Varias familias del municipio de Miraflores, Guaviare, ejercieron la acción de tutela, al considerar como vulnerados los derechos a la participación, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y al debido proceso, en conexidad con los principios de confianza legítima y buena fe, porque han transcurrido cuatro años desde que se profirió el Decreto Ley 896 de 2017, sin que el Gobierno Nacional haya cumplido el acuerdo colectivo celebrado entre los campesinos pertenecientes al Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos y las entidades encargadas de ejecutar dicho programa. El Consejo de Estado estimó que, las accionadas han implementado en el municipio de Miraflores algunos componentes del acuerdo colectivo, como la asistencia alimentaria inmediata o la asesoría técnica integral para algunos núcleos familiares, pero que aún no se ha dado cumplimiento completo al mismo.*

**ACCIÓN DE TUTELA / ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA / AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO / PLAN NACIONAL INTEGRAL DE SUSTITUCIÓN DE CULTIVO DE USO ILÍCITO / ERRADICACIÓN DE CULTIVO DE USO ILÍCITO / ERRADICACIÓN MANUAL DE CULTIVO DE USO ILÍCITO / ACUERDO COLECTIVO / ACUERDO DE PAZ / ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO**

***Problema jurídico 1:** ¿La acción de tutela ejercida cumple con el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que, para el juez de primera instancia, el accionante contaba con otro medio de defensa judicial para cuestionar el incumplimiento del acuerdo colectivo y los formularios de vinculación firmados por las familias campesinas pertenecientes al programa PNIS del municipio de Miraflores, a la luz del Decreto Ley 896 de 2017, en específico, las acciones populares y de grupo?*

**Tesis 1:** “[L]a parte accionante invoca la protección de los derechos a la participación, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y al debido proceso, con ocasión al presunto incumplimiento de unos acuerdos suscritos con miembros de la comunidad que se acogieran a los proyectos de erradicación voluntaria de cultivos ilícitos, por lo tanto, no es posible afirmar que las pretensiones de la acción de tutela persiguen la protección de derechos colectivos, de modo que haga procedente el ejercicio de la acción popular prevista en la Ley 472 de 1998. Tampoco resulta procedente ejercer la acción de cumplimiento, porque el acuerdo respecto del que se alega el incumplimiento que generaría el desconocimiento de los derechos invocados, no tiene la connotación de normas con fuerza material de Ley y/o de acto administrativo que hiciera procedente el mecanismo, de conformidad con la Ley 393 de 1997, además, porque como se anticipó, en el presente caso se pretende la protección de derechos de carácter fundamental. La parte accionante no está cuestionando la legalidad del acuerdo colectivo para la sustitución voluntaria y concertada de cultivos de uso ilícito del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos y, en ese sentido, no es posible predicar la existencia de mecanismos de defensa de carácter ordinario y no se está solicitando el cumplimiento de un contrato propiamente dicho, por lo que no es posible solicitar el cumplimiento de este. En ese orden, la Sala encuentra que la acción de tutela resulta ser el medio de defensa idóneo para la defensa de los derechos fundamentales que se invocan vulnerados y, por lo tanto, se dará por acreditado el presupuesto de la subsidiariedad en el caso objeto de estudio.”

**ACCIÓN DE TUTELA / AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO / PLAN NACIONAL INTEGRAL DE SUSTITUCIÓN DE CULTIVO DE USO ILÍCITO / ERRADICACIÓN DE CULTIVO DE USO ILÍCITO / ERRADICACIÓN MANUAL DE CULTIVO DE USO ILÍCITO / ACUERDO COLECTIVO / ACUERDO PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA / ACUERDO DE PAZ / DEBER DE ASISTENCIA ALIMENTARIA / CUMPLIMIENTO PARCIAL DE ACUERDO**

## COLECTIVO / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / EXHORTO

*Problema jurídico 2: ¿Se presenta una vulneración a los derechos a la participación, a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital y al debido proceso en conexidad con los principios constitucionales de confianza legítima y buena fe, por parte de la Nación – Presidencia de la República, la Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación, la Agencia de Renovación del Territorio ART- y la Dirección de Sustitución de Cultivos Ilícitos de la Agencia de Renovación del Territorio -DSCI, en atención a que, presuntamente, no se ha dado cumplimiento al acuerdo colectivo y a los formularios de vinculación firmados por las familias campesinas pertenecientes al programa PNIS y a las 34 veredas del municipio de Miraflores, a la luz del Decreto Ley 896 de 2017?*

Tesis 2: “[L]a parte actora afirma el incumplimiento del acuerdo colectivo para la sustitución voluntaria y concertada de cultivos de uso ilícito del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos y el desarrollo territorial, suscrito el 8 de julio de 2017, en el marco de la implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, entre el alcalde del municipio de Miraflores, el gobernador del departamento del Guaviare, el director de Sustitución de Cultivos Ilícitos de la Presidencia de la República, un delegado de las FARC EP y diversos representantes de organizaciones sociales, productivas y de las Juntas de Acción Comunal de las veredas del municipio de Miraflores, Guaviare. (...) [L]as pretensiones de la acción de tutela se dirigen a obtener a favor de la comunidad el pago de asistencias alimentarias, el cumplimiento de los proyectos a favor de los campesinos de la zona y el restablecimiento de un mínimo vital para la comunidad que firmó el señalado acuerdo, sin embargo, de lo aportado al presente asunto como pruebas no es posible individualizar la situación de cada uno, en aras de establecer en cada caso la procedencia excepcional de la acción de tutela. (...) [E]l Programa ha implementado en el municipio de Miraflores los siguientes componentes con su respectivo valor comprometido: (i) asistencia alimentaria inmediata, \$8.528.329.980; (ii) Asistencia Técnica Integral, \$969.596.144; (iii) Atención inmediata de recolectores \$3.432.642.068; (iv) monitoreo 1, \$109.609; (v) monitoreo 2, \$19.877.200; (vi) monitoreo 3, \$38.307.120; (vii) Proyectos de auto sostenimiento y seguridad alimentaria, \$1.303.920.782; (viii) Proyectos de ciclo corto e ingreso rápido, \$1.293.911.400, para total de \$15.586.694.304. [D]e acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y en atención al marco jurídico del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito y en coherencia con las funciones asignadas al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación, la Sala encuentra necesario instar a la Agencia de Renovación del Territorio -ART y a la Consejería Presidencial para la Estabilización y la Consolidación para que continúen dando cumplimiento al acuerdo colectivo para la sustitución voluntaria y concertada de cultivos de uso ilícito del programa nacional integral de sustitución de cultivos ilícitos y el desarrollo territorial, en el marco de la implementación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera de Miraflores, Guaviare, suscrito el 8 de julio de 2017. Finalmente, la Sala anota que, en principio, no es posible en este escenario constitucional determinar si los contratos de otorgamiento de derechos de uso del suelo resultan o no vulneradores de derechos fundamentales y si las condiciones que imponen son o no contrarias al referido acuerdo, pues, sería un análisis propio de legalidad de los referidos contratos, respecto del cual no se tiene conocimiento si los presuntos perjudicados han elevado solicitud alguna ante la Agencia de Renovación del Territorio para que emita pronunciamiento sobre ese aspecto. En ese contexto, se impone revocar la decisión de primera instancia, del 31 de marzo de 2022, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 4 de agosto de 2022, C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-15-000-2022-00795-01 \(AC\).](#)

**6. Las listas de elegibles unificadas, conformadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, pueden usarse para suplir las vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria,**

## siempre y cuando estas últimas entren en la categoría de mismos empleos.

**Síntesis del caso:** La accionante participó en la Convocatoria 433 de 2016, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para aspirar al cargo de defensor de familia, código 2125, grado 17, OPEC Nro. 34112, para Medellín (Antioquia), perteneciente al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Mediante la Resolución CNSC Nro. 20182230072535 del 17 de julio de 2018, la CNSC conformó la lista de elegibles para proveer las vacantes de Medellín. La tutelante ocupó el puesto 109. Las 44 vacantes ofertadas para Medellín, fueron provistas con los integrantes de la lista de elegibles que ocuparon las posiciones del 1 al 57. La Ley 1960 de 2019, mediante la cual se modificó la Ley 909 de 2004, estableció la posibilidad de utilizar la lista de elegibles, no solo para las vacantes convocadas originalmente, sino para las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad.

### ACCIÓN DE TUTELA / ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS / APLICACIÓN DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / ICBF / DEFENSOR DE FAMILIA / NOMBRAMIENTO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / INEXISTENCIA DE HECHO SUPERADO

**Problema jurídico 1:** ¿Hay lugar a revocar la decisión del a quo por encontrarse superado el hecho que fundamentó la orden de amparo?

Tesis 1: “[E]l simple incumplimiento de un término establecido en la ley no implica per se la vulneración del derecho al debido proceso, pues para ello es necesario que tal dilación sea injustificada. (...) [L]a ausencia de términos legales no exime de responsabilidad a las autoridades de resolver los asuntos que les son planteados dentro de términos razonables, puesto que se tratan de actuaciones regidas por los principios de eficacia, economía y celeridad previstos en el artículo 209 de la Constitución. (...) [E]l juez deberá examinar las particularidades de cada caso para determinar si la complejidad del asunto, el estado del procedimiento, el impulso del interesado y la actividad de la entidad justifican o no la dilación. (...) [E]n materia de concurso de méritos el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 dispone que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y “obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes”. Allí se fijan las condiciones que deben cumplir los participantes y las reglas que auto vinculan y controlan el actuar de la Administración, a fin de garantizar el principio del mérito como base fundante del sistema de la carrera judicial. (...) [C]ualquier incumplimiento de las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria vulnera el derecho fundamental del debido proceso de los participantes. No obstante, en el precedente constitucional se precisó que existen ocasiones en las que por factores exógenos es necesario efectuar algunas modificaciones a lo inicialmente previsto en la convocatoria. Estas, sin embargo, deben ser plenamente publicitadas para que los participantes conozcan las nuevas reglas que rigen el concurso. (...) [S]i bien la convocatoria tiene una vocación de inmodificabilidad como regla general, excepcionalmente hay lugar a efectuar ciertos cambios, siempre que estos se publiciten y comuniquen debidamente a todos los participantes. (...) [E]l 9 de junio de 2022 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió la Resolución Nro. 3181, mediante la cual ordenó el nombramiento en período de prueba de [L.M.R.L.], en la Regional Antioquia, Municipio de Urao, Centro Zonal Penderisco. (...) [E]sa gestión solo se efectuó con posterioridad al fallo de tutela de primera instancia. Lo anterior significa que para la fecha de la presentación de la acción de tutela existió la vulneración de los derechos al debido proceso y acceso a cargos públicos de la accionante. Y esto obedece a que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar incurrió en dilaciones injustificadas referentes a los nombramientos que le correspondía efectuar para el empleo denominado defensor de familia. (...) [E]l Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debió expedir el acto de nombramiento hasta el 13 de abril de 2021, en la medida que el 26 de marzo de 2021 la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución Nro. 0715, mediante la cual conformó la lista de elegibles unificada para el empleo denominado defensor de familia, código 2125, grado 17 de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. [E]s innegable que en el caso analizado existió dilación en el nombramiento de la accionante, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debía realizar con base en la lista de elegibles unificada, contenida en la Resolución Nro. 0715 de 26 de marzo de 2021; acto administrativo expedido en



cumplimiento del fallo de tutela proferido el 17 de septiembre de 2020 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el Expediente Nro. 7600133-33-008-2020-00117-00/01. (...) De ahí que el procedimiento para la escogencia de la sede también se centralizó en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Por lo cual no se explica la tardanza de dicha entidad por más de un año. Se insiste en que el nombramiento de la accionante debió efectuarse a más tardar el 13 de abril de 2021, pero al 23 de mayo de 2022 (fecha en que se presentó la tutela) este aún no se había producido (...) [S]e confirmará la decisión impugnada, porque se encuentra acreditada la mora en el nombramiento de la accionante. Además, como se mencionó previamente, la actuación desplegada por la autoridad administrativa demandada se produjo con ocasión de la orden de amparo de primera instancia.”

**IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA DE ACCIÓN DE TUTELA / ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS / ICBF / APLICACIÓN DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / NOMBRAMIENTO DE LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS / VACANCIA DEFINITIVA / VACANCIA DEL CARGO PÚBLICO / PROVISIÓN DEL CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA**

*Problema jurídico 2: ¿Se debe modificar el numeral segundo de la parte resolutive del fallo de tutela de primera instancia, respecto del número de vacantes a proveer en cumplimiento del fallo de tutela del 17 de septiembre de 2020 (radicado Nro. 76001-33-33-0082020-00117-00/01), proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca?*

**Tesis 2:** “[L]a Sala no accederá a la solicitud efectuada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el escrito de impugnación, referente a que se modifique la sentencia de tutela de primera instancia, en el sentido de que solo hay lugar a efectuar “la provisión de 45 vacantes, que corresponde a las faltantes para completar las 124 vacantes que se reportaron con ocasión de la orden judicial proferida en Segunda Instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca”. La razón para no acceder a esa solicitud radica en que en la orden proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión se estableció claramente que la obligación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de nombrar en propiedad con la lista de elegibles unificada se extiende a “todos los cargos vacantes definitivamente”. Por consiguiente, se entiende que si solamente restan 45 vacantes por encontrarse en vacancia definitiva, ese será el número de nombramientos a efectuar. En el mismo sentido, si las vacantes definitivas son más de ese número, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá efectuar los nombramientos, hasta suplir “todos los cargos vacantes definitivamente”. En otras palabras, no procede la solicitud de modificación de la orden efectuada por dicha entidad, en la medida en que el número de vacantes definitivas existentes es el patrón para establecer el número de nombramientos a efectuar. El concepto de vacancia definitiva al que se refiere el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, empleado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión en la decisión impugnada, fue analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-081 de 2021. (...) Por ende, se reitera que los nombramientos a efectuar equivalen al número de vacancias definitivas disponibles. Justamente, para determinar la cantidad de nombramientos a efectuarse debe valorarse si se presentó alguno de los supuestos fácticos dispuestos artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 28 de julio de 2022, C.P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 76001-23-33-000-2022-00554-01 \(AC\).](#)

**7. Se vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante a quien en un medio de reparación directa se le reconoció un lucro cesante a su favor, bajo la condición futura de que debía acreditarse el no pago de pensión de invalidez**

*Síntesis del caso: El juez constitucional consideró vulnerado el derecho fundamental al debido proceso quien resultó vencedor en un proceso de reparación directa y que la sentencia emitió unas órdenes para que le fuera reparado su daño. Sin embargo, frente a la orden de pago del*

*lucro cesante consolidado y futuro emitió un condicionamiento para que no fuese incompatible con el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al actor. Por consiguiente, esta Corporación determinó que el juez ordinario contaba con las facultades legales para ordenar pruebas de oficio y determinar con claridad si procede o no el reconocimiento de la condena por lucro cesante, es decir, no dejarlo a una condición que necesita de una prueba futura.*

**IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL / PROCEDENCIA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**

**Problema jurídico 1:** *[¿Se supera, en el presente asunto, el requisito adjetivo de subsidiariedad, respecto al cargo por desconocimiento del precedente judicial?]*

**Tesis 1:** [Encuentra la Sala que,] frente al cargo por desconocimiento del precedente fundado en la omisión de implementación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida al interior del expediente con radicado interno número 31.172, ya que la condena impuesta en el proveído que a aquí se controvierte; superó los 450 SMLMV, [no se supera el requisito adjetivo de subsidiariedad, en tanto que,] (...) el tutelante pudo hacer uso del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, según lo establece el numeral 5º del artículo 257 del CPACA.

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / LESIONES AL SOLDADO PROFESIONAL / EXPLOSIÓN DE GRANADA / PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR RIESGO EXCEPCIONAL / PARÁMETROS DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE / IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE / PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA LOS MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL / INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD LABORAL ABSOLUTA / NECESIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO FÁCTICO / INDEBIDA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO**

**Problema jurídico 2:** *[¿Vulneró la autoridad judicial accionada los derechos fundamentales de la parte actora, al incurrir en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria, en tanto que condicionó el reconocimiento del lucro cesante por la pérdida de capacidad laboral permanente y absoluta del soldado profesional, víctima de la explosión de una granada, sobre la base de una prueba que no fue debidamente decretada en el proceso ordinario, esto es, la certificación de reconocimiento y pago de una pensión por invalidez?]*

**Tesis 2:** [Observa la Sala que,] (...) el objeto de los artículos 14, 164 y 280 del CGP, y 187 del CPACA es establecer la necesidad de que las providencias judiciales estén debidamente motivadas con el material decretado y practicado al interior del proceso. Lo que permite concluir que en el caso que hoy nos ocupa se configuraron los defectos fáctico y sustantivo, según se pasa a explicar. En primer lugar, se tiene que el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Cuarta de Oralidad cuenta con la facultad para decretar pruebas de oficio (artículo 213 del CPACA), ante la falta de material probatorio para resolver. Aclarado lo anterior, también vale la pena recordar que el tribunal accionado condicionó el pago de un concepto debidamente acreditado a una prueba que por lo menos procesalmente no existe. (...) En efecto, esta Colegiatura considera que si la autoridad judicial accionada concluyó la inviabilidad del pago del lucro cesante consolidado, ante la eventual existencia de una pensión de invalidez a favor de la víctima directa, esta podía, haciendo uso de las herramientas procesales que le otorga el ordenamiento jurídico y con el fin de “esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda”, decretar una prueba de oficio consistente en requerir a la entidad correspondiente para que se acreditara tal circunstancia, concediéndole a su vez la oportunidad a las partes para pronunciarse acerca de la prueba recaudada debidamente al contradictorio. (...) [Así las cosas, esta Sala] considera que una determinación como la de condicionar el pago de una condena judicial a una prueba que aún no se ha aportado al proceso contencioso, vulnera los derechos al debido proceso de las partes, y desconoce abiertamente los fundamentos del legislador plasmados en los artículos 14, 164 y 280 del CGP, y 187 del CPACA, los cuales, como ya se expuso, buscan que las

providencias judicial estén motivadas, entre otros aspectos, del caudal probatorio oportunamente recaudado y efectivamente controvertido; presupuestos legales para considerar que la prueba es legal. Entonces, le asiste razón a la parte demandante cuando cuestiona la interpretación que sobre el punto adoptó el tribunal demandado, puesto que la norma en manera alguna da lugar a concluir que el funcionario judicial puede resolver sin las pruebas que respalden sus decisiones. (...) En atención a que en el presente asunto se demostró la configuración de los defectos sustantivo y fáctico, la Sala dispondrá el amparo del derecho fundamental al debido proceso del accionante.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 187 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 213 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 14 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 164 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 280

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 25 de agosto de 2022, C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 11001-03-15-000-2022-02220-01 \(AC\).](#)

## **8. Se vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia cuando se incurre en mora judicial y se omite el registro de actuaciones en el sistema de gestión judicial.**

*Síntesis del caso: Un ciudadano ejerció la acción de tutela contra el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Arauca, ya que consideró vulneradas sus garantías constitucionales con ocasión de la dilación injustificada de la autoridad judicial accionada en continuar con el trámite de la prueba pericial dentro del proceso de reparación directa radicado N.º 81001-33-33-751-2014-00002-00. Esta Corporación estimó que, aunque se corrió traslado del dictamen pericial, desde el 26 de noviembre de 2019 no se han registrado actuaciones en el Sistema de Información de Gestión de Procesos y Manejo Documental (Justicia XXI), por lo que, al no existir certeza sobre el trámite actual del proceso ordinario, se evidencia la mora judicial injustificada*

**ACCIÓN DE TUTELA / MORA JUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA MORA JUDICIAL INJUSTIFICADA / MORA JUDICIAL INJUSTIFICADA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PRÁCTICA DEL DICTAMEN PERICIAL / PRÁCTICA DE LA PRUEBA PERICIAL / TRASLADO DEL DICTAMEN PERICIAL / REGISTRO EN EL SISTEMA DE GESTIÓN JUDICIAL / OMISIÓN DE REGISTRO EN EL SISTEMA DE GESTIÓN JUDICIAL / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD**

*Problema jurídico: ¿Se presenta una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y de acceso a la administración de justicia de la tutelante, dado que, a la fecha de ejercicio de esta tutela, el Juzgado Tercero Administrativo de Arauca incumplió con el registro de actuaciones judiciales en el sistema de gestión judicial, en especial, las relacionadas con la práctica y traslado del dictamen pericial?*

**Tesis:** “No se ha registrado ninguna actuación, con posterioridad a la efectuada por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, a través de la cual, solicitó al juzgado laboral el desarchivo del proceso requerido para rendir el dictamen pericial solicitado. De lo afirmado por la Rama Judicial se verificó que en el archivo digital en el que reposan los documentos relacionados con el proceso, efectivamente obra el auto a través del cual se corrió traslado del dictamen pericial, sin embargo, no existe la trazabilidad de dicha actuación en el sistema de información y gestión de la rama judicial. En este punto de análisis, precisa la Sala que la Corte Constitucional ha indicado que la dilación injustificada que configura la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, se caracteriza por (i) el

incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación por parte del funcionario competente, (ii) la omisión en el cumplimiento de las obligaciones en el trámite de los procesos a cargo de la autoridad judicial y (iii) la falta de motivo razonable y prueba de que la demora obedece a circunstancias que no se pueden contrarrestar; frente al sub lite, la segunda de las características se presenta, pues si bien, la tardanza de la autoridad acusada de correr traslado del dictamen pericial presuntamente ha sido superado, lo cierto es que el juez no cumplió cabalmente con sus obligaciones y funciones, como lo es registrar las anotaciones respectivas en el sistema de información, para que de esta manera sean conocidas por las partes y se satisfagan los principios de publicidad y transparencia. (...) [L]a última actuación registrada en el Sistema de Información de Gestión de Procesos y Manejo Documental (Justicia XXI), data del 26 de noviembre de 2019, más de 2 años antes de la interposición de la acción de tutela, por lo que contrario a lo afirmado por la autoridad judicial accionada la parte actora no incurrió en un actuar negligente o descuidado, pues las actuaciones siguientes a dicha fecha, excepto por el pago del peritaje, no requerían la intervención directa de la parte, si bien, le asiste un deber de vigilancia sobre el proceso, este no se puede materializar si las autoridades judiciales no cumplen con su obligación de registrar cada una de las actuaciones que se surten al interior del proceso. De manera que, al no existir certeza sobre el trámite actual del proceso ordinario aún se evidencia la mora judicial injustificada alegada por la actora, misma que tiene varios factores de análisis y que guarda estrecha relación con el principio de publicidad. (...) La Corte Constitucional en sentencia T-686 de 2007, indicó que el registro de las actuaciones judiciales en el Sistema de Gestión de Procesos se establece como una herramienta que tiene por objeto que el usuario pueda hacer seguimiento de sus asuntos a través de la consulta por medios electrónicos, con mayor razón bajo las actuales condiciones en las que se tramitan los procesos, en los que predomina la virtualidad. Por tanto, el correcto uso de estas herramientas se traduce en la concreción del principio de publicidad de las actuaciones judiciales y facilita el acceso de los usuarios a la administración de justicia, por lo que la ausencia de datos consignados en el Sistema de información de la Rama Judicial, en el presente caso genera la vulneración de los derechos fundamentales invocados, toda vez que es obligación de los despachos judiciales consignar información veraz, para que los usuarios externos puedan hacer un seguimiento adecuado de sus procesos.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia del 4 de agosto de 2022; C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación: 81001-23-39-000-2022-00020-01 \(AC\).](#)

# ACCIONES POPULARES

## 1. Se ordena tomar medidas de protección en materia ambiental relacionadas con las reglas para otorgar títulos mineros en Colombia.

**Síntesis del caso:** *Se ejerció una acción popular para obtener la protección de los derechos al goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas. La demanda tenía como fundamento: la desarticulación institucional entre el sector minero y ambiental, el déficit de información y normativo minero-ambiental, las debilidades del modelo de control y fiscalización de los títulos mineros en el país, así como el desconocimiento del derecho a la consulta previa de las comunidades. Esta Corporación, en segunda instancia, encontró vulnerados los derechos colectivos invocados y, en consecuencia, dispuso, entre otras órdenes, lo siguiente: (i) el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá elaborar un documento que identifique los ecosistemas del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, en el que se establezca dónde está permitida o no la minería, además de identificar las reservas forestales, las cuencas hidrográficas, las reservas naturales, los humedales, los páramos y las zonas compatibles con exploración minera. Con base en esa delimitación, el ministerio elaborará una cartografía de áreas de protección; (ii) la Agencia de Minería y los ministerios competentes deberán actualizar la información que existe sobre las zonas excluidas de la minería; (iii) la Agencia debe solicitar,*

*al momento de otorgar un título minero, un certificado ambiental que consigne si el proyecto se realizará en un espacio protegido y si aquel es compatible con la conservación del medioambiente.*

**MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN POPULAR / FINALIDAD DE LA ACCIÓN POPULAR / IMPROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DEL CATASTRO MINERO / OTORGAMIENTO DE TÍTULO MINERO / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / COMPETENCIA A PREVENCIÓN / JUEZ POPULAR**

*Problema jurídico 1: ¿El medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos resulta procedente, toda vez que, presuntamente, la parte demandante pretende que se deje sin efectos la Resolución No. 484 de 2012, mediante la cual se levanta la suspensión del catastro minero a partir del 2 de julio de 2013, para lo cual puede ejercer el medio de control de nulidad simple?*

**Tesis 1:** “[L]a parte actora no pretende controvertir la legalidad del acto administrativo que decide levantar la suspensión del catastro minero a partir del 2 de julio de 2013, esto es, la Resolución No. 484 de 2011, sino que cuestiona los impactos medioambientales que generó esa decisión a partir del 2 de julio de 2013 en un contexto de debilidad institucional en el que el Estado estaría incumpliendo su deber de controlar esa actividad económica y de conservar los ecosistemas estratégicos del territorio nacional. (...) [L]os demandantes no persiguen la defensa de la legalidad y del orden jurídico en abstracto, pues en realidad buscan la corrección de las acciones y omisiones antes aludidas, las que, en su sentir, son la causa de la transgresión de los derechos colectivos. (...) [L]a autoridad judicial que conoce del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos no tiene la facultad de anular los actos administrativos, pero sí puede adoptar las medidas materiales que salvaguarden el derecho afectado por la decisión administrativa allí plasmada. (...) Todo lo anterior significa que el cargo de improcedencia del medio de control propuesto por la ANLA y por la ANDJE no cuenta con vocación de prosperidad, dado que la acción popular tiene carácter principal y autónomo, motivo por el cual su procedibilidad no resulta afectada por el trámite simultáneo de una acción judicial ordinaria. (...) Adicionalmente, la problemática colectiva bajo análisis contempla una serie de variables que sobrepasan lo resuelto en la Resolución 484 de 2012 y abordan toda la política pública minero-ambiental. (...) En este orden de ideas, la Sala pone de presente que los límites previstos en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 impiden al juez popular declarar la nulidad de un acto administrativo en el marco de dicho trámite constitucional, pero esto no significa que tal funcionario este exento de pronunciarse frente a la transgresión de los derechos colectivos originada en tales actos, sino que al momento de resolver, este funcionario de la justicia solo podrá adoptar medidas de protección diferentes a la declaratoria de nulidad. (...) Así las cosas, no les asiste razón a los recurrentes cuando señalan que el medio de control ejercido resulta improcedente, pues la acción popular es el medio judicial idóneo que contempla nuestro ordenamiento para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”

**RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / DERECHO AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO / DERECHO AL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y AL DESARROLLO SOSTENIBLE / PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES / DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL / DÉFICIT NORMATIVO / SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS / PLAN DE ORDENAMIENTO MINERO / DELIMITACIÓN DE ÁREA PROTEGIDA / REGLAMENTACIÓN DEL USO DEL SUELO / CONTROL FISCAL AMBIENTAL / POLÍTICAS DEL DERECHO AMBIENTAL / ACTIVIDAD MINERA / ESTATUTO MINERO / VACÍOS EN LA LEY / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / CATASTRO MINERO / OTORGAMIENTO DE TÍTULO MINERO / HERRAMIENTAS TECNOLÓGICAS**

*Problema jurídico 2: ¿Hay lugar a declarar que existe la amenaza o transgresión de los derechos colectivos previstos en los literales a), c) y e) del artículo 4 de la Ley 472, tal como se afirmó en la sentencia de 6 de diciembre de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ocasión de la recepción y evaluación electrónica de solicitudes*

*de titulación mineras a través del Catastro Minero efectuadas a partir del 2 de julio de 2013, las cuales podrían afectar el medio ambiente de forma irreversible, debido a las fragilidades que caracterizan al procedimiento de evaluación de propuestas y al modelo de fiscalización de los títulos?*

**Tesis 2:** “[E]l Gobierno nacional ha adoptado medidas durante estos últimos 20 años encaminadas a incluir el componente ambiental durante la titulación y fiscalización de los proyectos extractivos autorizados. (...) Sin embargo, (...) la realidad dista de los objetivos de sostenibilidad que ordena nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la presencia de problemas asociados a: (i) la desarticulación institucional; (ii) el insuficiente ordenamiento territorial minero-ambiental, y (iii) las debilidades del modelo de control y fiscalización de los títulos mineros. (...) Si bien es cierto que las normas minero-ambientales definen estrategias preventivas para la corrección y gestión de los impactos negativos del sector, la realidad es que la forma en que las mismas están siendo aplicadas por las autoridades públicas permite la vulneración de los derechos colectivos previstos en los literales a), c) y e) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998. (...) [L]as acciones emprendidas para corregir las causas conflictivas son todavía insuficientes a pesar de la especificidad de las recomendaciones emitidas por la Contraloría General de la República y por la Corte Constitucional en materia de articulación institucional, control y fiscalización oportuno, y corrección de los vacíos legislativos, regulatorios y presupuestales. (...) [L]os artículos 8, 58, 79, 80, 332, 333, 360 y 361 de la Carta Política obligan a la administración pública: i) a intervenir el mercado minero; ii) a racionalizar el aprovechamiento de los recursos; iii) a prevenir y mitigar los impactos ambientales y sociales propios de la minería; iv) a corregir, indemnizar y reparar los daños ambientales causados por dicha actividad, y v) a sancionar la trasgresión de la normatividad ambiental y minera. (...) Este deber de intervención parte de la necesidad de regular, controlar y aprovechar los yacimientos de propiedad del Estado desde una autorización que, sin conferir un derecho de propiedad sobre los bienes estatales, someta la actividad particular a lineamientos responsables y sustentables. (...) [E]l deber de garantizar el aprovechamiento racional de los recursos naturales no solo implica conocer la cantidad de reservas de minerales existentes, sino también determinar los sectores en donde los costos ambientales y sociales de la minería serían más altos que sus beneficios económicos. (...) [E]l deber de prevenir y mitigar los impactos ambientales se soporta en los pilares de la planeación, la sanción, la indemnización y la reparación de los daños y pasivos ambientales (art. 6 433 y 90434 de la Constitución Política). (...) El Gobierno nacional, en los últimos tres Planes Nacionales de Desarrollo, consideró que el crecimiento del sector minero debe estar asociada a la materialización de pautas mínimas de planeación ambiental. (...) Sin embargo, los resultados recopilados en el acápite de pruebas demuestran que los temas ambientales cedieron ante las demás prioridades del sector. (...) Esta desarticulación sectorial profundiza las causas que impiden consolidar a la industria minera en nuestro país como una fuente de equidad intergeneracional. (...) En otras palabras, la desatención de los problemas ambientales y de uso del suelo están agravando el riesgo de inseguridad jurídica de los inversionistas, así como el malestar de la sociedad civil frente a tal actividad. (...) [E]l Sistema Integral de Gestión Minera - AnnA Minería se proyecta como la herramienta tecnológica de información y de gestión minera llamada a integrar el ordenamiento ambiental y otras variables relevantes, para la gestión equilibrada del subsuelo minero, sin detrimento de los demás recursos naturales. (...) [L]a tecnología y la inteligencia de datos pueden facilitar el desarrollo sostenible de las actividades mineras en Colombia, y promover la protección ambiental, la legalidad, la transparencia, el respeto de las zonas excluibles y la observación de los más altos estándares ambientales. (...) [A]ntes de lograr este propósito, es necesario corregir las causas no priorizadas que entorpecen la sostenibilidad ambiental de la industria, sin desconocer con ello, otros factores que están siendo atendidos en otros frentes de trabajo para controlar la minería criminal y robustecer la minería de primer nivel en su componente técnico ambiental. (...) [S]istemáticamente, las autoridades demandadas permitieron la transgresión de los mencionados derechos colectivos en razón a: (i) la forma en que el Ministerio de Minas y la Agencia Nacional de Minería están aplicando los artículos 34 y 36 del Código de Minas; (ii) los insuficientes parámetros ambientales que se verifican durante el trámite de evaluación de las propuestas de titulación; (iii) los títulos mineros concedidos en áreas protegidas que debían ser objeto de exclusión o restricción por lo dispuesto en las sentencias C-339 de 2002 y C-443 de 2009; (iv) las “reservas de recursos naturales de manera temporal” no protegieron todos los ecosistemas estratégicos del país y (v) las debilidades actuales del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. (...) [E]l ordenamiento minero ambiental efectivamente contempla instrumentos de prevención dirigidos a controlar, mitigar, prevenir y corregir los impactos ambientales, sin embargo, para que estos instrumentos cumplan con el fin para el cual fueron creados es necesario robustecer su reglamentación y trabajar en mecanismos de articulación y fortalecimiento institucional a la gestión pública. (...) En el componente de control y fiscalización minera, la Sala considera que, sistemáticamente, las autoridades públicas recurrentes permitieron la transgresión de los mencionados derechos colectivos por cuenta de: (a) las debilidades en la gestión de la información y el uso de la

tecnología; (b) los problemas de planeación minero-ambiental, y (c) el déficit legislativo e incumplimiento de compromisos de política pública.”

**RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / NEXO DE CAUSALIDAD / HECHO DAÑOSO / DEBERES CONSTITUCIONALES / PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES / SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS / CUMPLIMIENTO DE DEBER LEGAL / MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE / MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA / AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA / AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES / POLÍTICAS DEL DERECHO AMBIENTAL / CONTROL FISCAL AMBIENTAL / ACTIVIDAD MINERA / TÍTULO MINERO**

***Problema jurídico 3:** ¿La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, la Agencia Nacional de Minería, el Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible son las responsables de la transgresión o amenaza de los derechos colectivos amparados en la sentencia de 6 de diciembre de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca?*

**Tesis 3:** “[L]a fragilidad de la política pública minero ambiental originó la problemática judicial, de manera que los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Minas y Energía son los responsables directos de la transgresión. (...) Si bien las demás entidades demandadas contribuyen con su acción y omisión en la propagación del daño, esto lo hicieron siguiendo unos lineamientos jurídicos y políticos proferidos por las carteras antes referidas. (...) [L]as debilidades del sistema también impactan el actuar de las Corporaciones Autónomas Regionales, de las Corporaciones de Desarrollo Sostenible, de los Grandes Centros Urbanos, de la Gobernación de Antioquia (en su función fiscalizadora), de la Agencia Nacional de Tierras, de la Unidad de Planeación Minero Energética y de Parques Nacionales Naturales de Colombia, entre otras instituciones con competencias en la materia. (...) Según lo indica el artículo 46 de la Ley 489, la orientación de esos ministerios guía la participación de las entidades descentralizadas en la política gubernamental, en la elaboración de los programas sectoriales y en la ejecución de los mismos. (...) Ambas carteras orientan, coordinan y controlan a las citadas entidades. (...) Además, dirigen y guían la función de planeación del sector incidiendo en los presupuestos de inversión. (...) Los ministros actúan como superior inmediato de los representantes legales de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas, sin perjuicio de la función nominadora. (...) Este control jerárquico está direccionado a «constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la presente Ley y de conformidad con los planes y programas adoptados», lo cual resulta perjudicial cuando aquellas políticas no están respondiendo plenamente a los fines superiores del Estado. (...) La Carta de 1991 se denomina “Constitución Política”, porque precisamente allí están planteados los lineamientos de política pública que no puede obviar ningún sector. (...) [L]a gestión de los recursos naturales y del medio ambiente debe regirse por el principio de planeación, justamente a efectos de garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (...) Ni siquiera las Corporaciones Autónomas Regionales pueden, en el marco de su autonomía administrativa, liberarse de los lineamientos del MADS, tal y como lo advirtió la Corte Constitucional, en la sentencia C-570 de 18 de julio de 2012. (...) [E]xiste una relación entre los deberes legales de ambas carteras ministeriales, con las acciones y omisiones transgresoras de los derechos colectivos identificadas en materia de ordenamiento territorial minero-ambiental, articulación interinstitucional y control y fiscalización de los títulos mineros. (...) Respecto del MADS, valga recordar que la Ley 99 de 1993 cuando reordenó el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, lo hizo a través del Sistema Nacional Ambiental (...) [L]a regulación aplicable está encaminada a que los ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Minas y Energía, coordinen el ejercicio de sus competencias en busca de la administración eficiente de los asuntos públicos que se encuentran bajo su cargo. (...) [E]n lo que respecta al Ministerio de Minas, el mismo legislador determinó en los artículos 60 y 318 del Código de Minas y en el artículo 17 de la Ley 2056 de 2020 que la función de fiscalización minera procura el aprovechamiento sostenible del ambiente y de los recursos naturales no renovables y, por ello, a la autoridad minera también le atañe el cumplimiento de las obligaciones ambientales contractuales y legales, aspecto ampliamente detallado en el apartado II.5.2.2 de esta providencia. (...) Allí se explicó cuáles son las responsabilidades del Ministerio de Minas y Energía cuando decide delegar esa función en otras autoridades, por lo que es innecesario ahondar en este punto de la problemática. (...) [A]mbas carteras debían liderar diversas acciones de política pública enfocadas a la materialización de un modelo de desarrollo sostenible del sector minero. Sin embargo, su actuar negligente en la materia deja ver el nexo causal que existe entre la

transgresión de esos derechos colectivos y las conductas y omisiones referidas en el apartado (...) [L]os ministerios en cuestión no han cumplido plenamente con su responsabilidad de ordenar, vigilar, cooperar, colaborar armónicamente y guiar a todas las entidades públicas involucradas para que las actividades mineras desarrolladas en Colombia sean sustentables económica, social y ambientalmente. (...) Esto no significa que la Agencia Nacional de Minería y que la Agencia Nacional de Licencias ambientales carezcan de competencias y responsabilidades en la materia, sino que el nexo causal entre su actuar y la transgresión de los derechos colectivos, es mucho más débil, debido a que su comportamiento institucional responde al acatamiento de una política minera que aún no respeta plenamente los postulados ambientales de nuestro Estado Social de Derecho. (...) [E]l modelo político normativo existente propicia que todas las entidades estatales con competencias en la materia coadyuven en el incremento del riesgo y en la materialización de los daños ambientales. (...) [E]l Ministerio de Minas y Energía, y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible son los principales transgresores de los derechos colectivos previstos en los literales a), c) y e) del artículo 4º de la Ley 472. (...) [L]a Agencia Nacional de Minería y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales son responsables de la misma transgresión bajo la consideración antes aludida. (...) En consecuencia, no resulta procedente el reparo de los recurrentes conforme al cual en el plenario no se acredita el nexo causal de la responsabilidad de las entidades.”

**RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / PRINCIPIO DE PREVENCIÓN / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS PROTEGIDAS / OTORGAMIENTO DE TÍTULO MINERO / ESTATUTO MINERO / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO / EVALUACIÓN DE PROPUESTAS / CONTROL FISCAL AMBIENTAL / ACTIVIDAD MINERA / MITIGACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL**

**Problema jurídico 4:** *¿En el presente medio de control es procedente aplicar el principio de precaución, habida cuenta que se evidencia el eminente peligro de daño ambiental por falta de control y fiscalización de la actividad minera en áreas protegidas?*

**Tesis 4:** “[E]l caso concreto debe resolverse a la luz de los principios de precaución y prevención. (...) En el apartado II.5.2.1 de esta decisión, se detallaron las situaciones fácticas y jurídicas que demuestran la existencia de un peligro de daño grave e irreversible de afectación de entornos naturales que deben integrar las áreas excluidas de minería, tanto para los territorios ya declarados (pertenecientes o no al SINAP), como en los que se declaren en el futuro en atención a la política pública para el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP) con una visión 2021 – 2030, contenida en el CONPES 4050 de 2021. (...) [E]l principio de precaución dirige la forma en que deben aplicarse los incisos 3 y 4 del artículo 34 del Código de Minas y, en consecuencia, permea las normas del estatuto referidas a la evaluación de las solicitudes de propuestas de titulación minera, esto es los artículos 273 y 274 ibidem. (...) Asimismo, en los acápites II.5.2.2 y II.5.2.3 de este proveído, se advirtió que la insuficiente capacidad institucional en el ejercicio de las funciones de fiscalización y vigilancia minero-ambiental, la falta de articulación intersectorial, y la escasa utilización de los instrumentos de prevención instituidos por el legislador, está generando daños y pasivos ambientales, de manera que el principio de prevención a de guiar este componente de la sentencia. (...) El hecho consistente en que el sector minero se haya posicionado como una locomotora de desarrollo desde hace ya una década, significa que, en virtud del principio de igualdad, tal sector está sujeto a un trato diferencial en donde es mucho más exigible el deber de proteger el ambiente. (...) El Código de Minas se soportó en la premisa consistente en que la gestión ambiental y minera se incorporaron al contrato de concesión con la misma importancia. (...) Por eso, los recursos invertidos para fomentar la minería, deberán estar acompañados de suficientes gestiones de control, mitigación y compensación de los daños y pasivos. (...) La protección de los entornos naturales es un fin constitucionalmente legítimo y, en consecuencia, el Gobierno nacional cuenta con la responsabilidad de adoptar mecanismos adicionales, a los históricamente utilizados, para lograr el cumplimiento de las obligaciones. (...) [L]as órdenes de restablecimiento deben partir de la premisa consistente en que la parte actora no logró acreditar que el daño o amenaza a los derechos colectivos recaiga en todas las actividades mineras que se desarrollan en el territorio nacional, sino en ciertos componentes del proceso de evaluación y fiscalización de los títulos, de manera que el amparo cobijará los territorios en los que existe cierto grado de certeza científica del daño ambiental (principio de precaución), o en los que es clara la prueba de la transgresión y/o amenaza (principio de prevención).”

**RECURSO DE APELACIÓN EN LA ACCIÓN POPULAR / ÓRDENES IMPARTIDAS EN LA SENTENCIA / MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / MEDIDAS PREVENTIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / MEDIDA**



**CORRECTIVA / MODELO DE DESARROLLO SOSTENIBLE / POLÍTICA AMBIENTAL / ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL / PLAN DE ORDENAMIENTO MINERO / CONTROL FISCAL AMBIENTAL / ORDENAMIENTO MINERO AMBIENTAL / MORATORIA MINERA / DÉFICIT DE PROTECCIÓN AMBIENTAL**

**Problema jurídico 5:** *¿Las órdenes de amparo proferidas en el fallo del 6 de diciembre de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca son pertinentes, suficientes y proporcionales?*

**Tesis 5:** “[R]azón le asiste el extremo apelante sobre la falta de idoneidad de la instrucción judiciales y los riesgos económicos, sociales y ambientales que podrían materializarse en el cumplimiento de la misma. (...) [L]a administración debe adoptar las medidas que le permitan ahorrar costos en el cumplimiento de sus fines. Además, como bien lo explicó la directora del Departamento de Geociencias de la Universidad Nacional (...), «los estados de moratoria, en general, siendo de carácter indefinido o no, no son eficaces para la solución de problemas específicos, su impacto no resuelve, sino que aplaza el problema, por lo tanto, han definirse criterios atendiendo no sólo las condiciones espaciales sino el tipo de mina, su potencial de reserva, condiciones bióticas y ante todo poblaciones circundantes en las áreas prospectivas». (...) [L]as instrucciones previstas en los literales a) y b) del ordinal tercero de la sentencia de 6 de diciembre de 2018 aunque buscan la prevención de los daños, no son eficaces ni pertinentes a la hora de delimitar cómo deben actuar las entidades accionadas para implementar un modelo de desarrollo sostenible del sector minero. (...) Ambas medidas implican la suspensión permanente de la minería en Colombia y sobre ese punto, esta Sección ha sido enfática al sostener que no es posible frenar el desarrollo cuando este «lleve al crecimiento económico, al mejoramiento de la calidad de vida y al bienestar social sin agotar los recursos, ni deteriorar el ambiente», porque además la estrategia de sostenibilidad prevista por el constituyente no es puramente conservacionista. (...) [L]as medidas de restablecimiento tendrían que buscar precisamente la sostenibilidad del desarrollo minero, sin impedir injustificadamente su crecimiento. (...) [L]as órdenes impartidas en el literal c) relacionadas con la corrección de todos los incumplimientos normativos en materia minero ambiental son genéricas y no garantizan la resolución efectiva de la situación que motivó la solicitud de amparo. (...) [E]l apoderado del Ministerio de Minas y Energía no tuvo en cuenta el verdadero alcance de la decisión de 12 de octubre de 2016, pues allí, se indicó que excepcionalmente el juez popular puede adoptar todas las medidas que considere necesarias cuando observe la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, especialmente, cuando el actuar de la administración sea arbitrario, irrazonable o desproporcionado. (...) [L]a Sala destaca que son varias las acciones y omisiones identificadas en el plenario como causa directa del problema resuelto en este debate judicial (apartado II.5). (...) [L]as directrices proferidas en la sentencia de 6 de diciembre de 2018 tendrán que ser modificadas para corregir esas causas problemáticas, mientras se promueve la sostenibilidad ambiental del sector minero desde una comprensión sistémica e integral de las herramientas adoptadas en el pasado. (...) [S]e observa que el apoderado del Ministerio de Minas y Energía no tuvo en cuenta el verdadero alcance de la decisión de 12 de octubre de 2016, pues allí, se indicó que excepcionalmente el juez popular puede adoptar todas las medidas que considere necesarias cuando observe la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, especialmente, cuando el actuar de la administración sea arbitrario, irrazonable o desproporcionado. (...) Este criterio orientador, significa que el juez está atado a lo probado en el acervo probatorio, y que no puede separarse de los márgenes de razonabilidad exigibles a su función de impartir justicia. (...) Pero ello no quiere decir que le este vedado imponer acciones correctivas al advertir la vulneración de los derechos colectivos. (...) A esta Sección le corresponde determinar si la administración adoptó acciones suficientes y diligentes en la materia, y corregir su actuar negligente a partir de los mecanismos legales e idóneos que prevé el ordenamiento jurídico para tal efecto. (...) [L]as directrices proferidas en la sentencia de 6 de diciembre de 2018 tendrán que ser modificadas para corregir esas causas problemáticas, mientras se promueve la sostenibilidad ambiental del sector minero desde una comprensión sistémica e integral de las herramientas adoptadas en el pasado.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 4 de agosto de 2022, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-41-000-2013-02459-01 \(AP\).](#)

## **2. La protección al patrimonio público en el proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado**

## y la obligación de generar inversión para el desarrollo de la región.

**Síntesis del caso:** El 30 de diciembre de 1996, ISAGÉN enajenó uno de sus activos denominado Central Hidroeléctrica Chivor (Chivor, en adelante), bajo la modalidad de suscripción sucesiva de acciones, mediante la constitución y venta de acciones de la sociedad denominada CHIVOR S.A. E.S.P., creada específicamente para este fin. La operación fue realizada por el Ministerio de Hacienda, en calidad de mandatario de ISAGÉN, en cumplimiento del contrato de mandato 55 del 29 de abril de 1996 y en virtud del Decreto 1740 del 20 de septiembre de 1996. Como condición para la Constitución de la sociedad CHIVOR S.A. E.S.P. se previó en el acta de la Asamblea General Constituyente de dicha sociedad (Escritura 5100 de 1996), que con el valor de la suscripción o con el valor de la suscripción y los recursos de crédito que uno o más de los adjudicatarios hubieren ofrecido para la sociedad, se completaría el precio de enajenación de la central. Al momento de la suscripción sucesiva de acciones, el Ministerio de Hacienda poseía el 76.8844% de las acciones de ISAGÉN. Al haberse realizado la enajenación mediante la suscripción sucesiva de acciones, tuvo que regirse por la Ley 226 de 1995, como consta en el Decreto 1740 de 1996, por tratarse de una participación estatal. Sin embargo, en la operación se omitió el cumplimiento del artículo 23 de la Ley 226 de 1995 según el cual “el 10% del producto neto de enajenación de las acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, con exclusión de las correspondientes a las entidades financieras, se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital, en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen”. En 2011 el Ministerio de Hacienda respondió una petición al respecto en la que indicó que la hidroeléctrica de Chivor no era un activo de la Nación, sino de ISAGÉN y que el Ministerio, únicamente, actuó como mandatario y promotor de la operación, de acuerdo con el contrato suscrito el 29 de abril de 1996. Por ello, aseguró que no le era aplicable la Ley 226 de 1995. El Ministerio de Hacienda actuó como mandatario de ISAGÉN, no porque dentro de sus funciones estuviera la de representar a cualquier persona en sus negocios comerciales, lo que sería una indebida utilización de funcionarios y recursos del Estado para fines comerciales privados, sino porque el Ministerio era el accionista mayoritario de ISAGÉN, por lo que, debía velar, acatar y coordinar el cumplimiento de las normas relativas a la enajenación de activos estatales o participaciones estatales. De acuerdo con el artículo 2, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 ISAGEN era una entidad estatal, debido a la participación estatal mayoritaria en su composición accionaria.

ACCIÓN POPULAR / APELACIÓN EN ACCIÓN POPULAR / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / MORALIDAD ADMINISTRATIVA / ALCANCE DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / PRESUPUESTOS DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL / ENAJENACIÓN DE PARTICIPACIÓN DE LA ENTIDAD ESTATAL / ENAJENACIÓN DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL / EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS MIXTA / HIDROELÉCTRICA DE CHIVOR / INAPLICACIÓN DE LA NORMA / LEY 226 DE 1995 / INVERSIÓN / PROYECTO DE INVERSIÓN PÚBLICA / VIOLACIÓN DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / PATRIMONIO PÚBLICO / AFECTACIÓN A PATRIMONIO PÚBLICO / VIOLACIÓN DE PATRIMONIO PÚBLICO / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / CONDENA EN COSTAS EN LA ACCIÓN POPULAR / CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA / CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

**Problema jurídico:** ¿Existía amenaza o vulneración de los derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público por parte de las accionadas?

**Tesis:** “En desarrollo del artículo 60 de la Constitución, el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 dispuso que el 10% del producto neto de la enajenación “se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional en la misma entidad territorial, departamental o distrital en la cual esté ubicada la actividad principal de la empresa cuyas acciones se enajenen”. Se trata de una regla de rango legal, que

desarrolló el principio constitucional previsto en el artículo 60 superior y que consulta la intención del constituyente en la materia, pero además, que encuentra respaldo en el imperativo constitucional de descentralización, previsto en el artículo 1 superior, al destinar los recursos al desarrollo regional, con el fin de que la presencia empresarial pública no desaparezca, en beneficio de particulares, sin que la entidad territorial reciba parte de los beneficios de la operación, particularmente, en términos de desarrollo local. En el caso bajo estudio, a pesar de que formalmente se trató de la venta de un activo perteneciente a una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, con capital público mayoritario, en realidad, se enajenó la participación estatal en su capital y, por lo tanto, la operación financiera cuestionada coincide con el condicionamiento introducido al artículo 20 de la Ley 226 de 1995, mediante la Sentencia C-392 de 1996. Por lo tanto, no era posible eludir el cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 de dicha ley, respecto del deber de inversión del 10% del producto de la enajenación. Así, ISAGEN era, al momento de la operación, una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de naturaleza mixta, es decir, que contaba con participación estatal en su capital. Al respecto, la Ley 142 de 1994 previó, en su capítulo II, lo relativo a la "PARTICIPACION DE ENTIDADES PÚBLICAS EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS" y allí dispuso expresamente el deber de respetar el artículo 60 de la Constitución (artículo 27.2). También se precisó que, para efectos del control fiscal "27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles". Dichas normas, combinadas con los artículos 20 y 23 de la Ley 226 de 1995, a luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, permiten concluir que, desde un punto de vista material, se trató de la enajenación de la participación estatal en ISAGEN. En efecto: En primer lugar, aunque, en diferentes oportunidades (respuesta a peticiones, contestación de la demanda, apelación y alegatos de conclusión), las entidades públicas demandadas argumentaron que la venta de Chivor encuadraba en uno de los dos supuestos de hecho de exclusión del cumplimiento de la Ley 226 de 1995, previsto en su artículo 20, por tratarse de una enajenación de activos diferentes a acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, por lo que, "sólo se sujetará a las reglas generales de contratación" (art. 20 de la Ley 226 de 1995), llama poderosamente la atención el hecho de que sí se respetaron todas las previsiones de dicha ley, salvo el artículo 23. En efecto, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 226 "El Gobierno decidirá, en cada caso, la enajenación de la propiedad accionaria del nivel nacional, a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, adoptando un programa de enajenación", el que deberá ser diseñado por el ministerio al cual se adscriban o vinculen los titulares de la participación estatal, pero bajo coordinación del Ministerio de Hacienda. Teniendo en cuenta que ISAGEN era, al momento de la operación, una entidad vinculada al Ministerio de Minas, el programa fue elaborado por ambos ministerios y aprobado en Consejo de Ministros, como consta en el Decreto 1740 de 1996, que aprobó dicho programa de enajenación. Particularmente, allí se respetó, la exigencia de un mecanismo de amplia publicidad y libre concurrencia (art. 9 de la Ley 226) y su contenido se ajustó a las exigencias del artículo 10 de la Ley 226. Por ello, en el artículo 6 del programa de enajenación se previeron las condiciones especiales para la adquisición por parte de los sujetos privilegiados en términos de democratización de la propiedad accionaria estatal (arts. 3 y 11 de la Ley 226). Ello fue respetado en la práctica y, por consiguiente, la primera emisión de acciones de la sociedad Chivor S.A. fue adjudicada al sector solidario, según consta en la aprobación otorgada por la Resolución 2875 de 1996, proferida por el Ministerio de Hacienda. El deber de respetar las previsiones de la Ley 226 de 1995 se encontraba en el contrato de mandato 55 que suscribieron ISAGEN y el Ministerio de Hacienda el 29 de abril de 1996, para la realización de la operación, donde se previó que en la operación debería tenerse en cuenta la aplicación del artículo 60 de la Constitución y las demás normas aplicables. Igualmente, en la parte motiva del decreto que aprobó el programa de enajenación se indicó expresamente que el Estado decidió "desarrollar un programa de enajenación de una parte de la participación estatal en la actividad de generación eléctrica" (negritas no originales) y se indicó que, "de conformidad con el artículo 60 de la Constitución, la Ley 226 de 1995 y el artículo 77 de la Ley 143 de 1995 y los pronunciamientos judiciales que se han proferido sobre el artículo 60 de la Constitución Política, se debe ofrecer a los trabajadores y organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones preferenciales para acceder a la propiedad estatal". Finalmente, se resaltó que "la Ley 226 de 1995 determina que cuando se enajene la propiedad accionaria de una entidad que preste servicios de interés público, se adoptarán las medidas necesarias para garantizar la continuidad en el servicio" (negritas no originales). La Central Hidroeléctrica de Chivor materializaba la participación estatal en el capital de ISAGEN, teniendo en cuenta que el capital social es el conjunto de bienes y derechos patrimoniales, susceptibles de valoración económica, que son aportados por los socios para la constitución de la sociedad o para su capitalización posterior. En efecto, Chivor fue construida entre 1970 y 1982 con dineros de naturaleza pública, considerando que su propietaria, Interconexión Eléctrica, ISA, era una sociedad cuyos accionistas eran, en su totalidad, entidades públicas. La primera etapa de Chivor fue terminada 1977 y su construcción tuvo un costo final

de 200 millones de dólares; la segunda etapa se inauguró en 1982, por un costo de 195 millones de dólares. Ante la crisis energética iniciada en 1991, las empresas del sector afrontaron graves dificultades financieras. Fue por ello que, con autorización legal, en 1991 la Nación y en 1993 la Financiera Energética Nacional (FEN) adquirieron acciones de ISA, con el objetivo de sacarla de la crisis financiera en la que se encontraba. Por su parte, los artículos 167 de la Ley 142 de 1994 y 32 de la Ley 143 de 1994 autorizaron al Gobierno Nacional para realizar la modificación del objeto de ISA con el fin de que, a partir de sus activos de generación, incluido Chivor, naciera una Sociedad de Economía Mixta, vinculada al Ministerio de Minas, cuyo objeto sería la generación eléctrica, al tiempo que ISA se encargaría únicamente de la transmisión. Por el mandato legal de escisión, el Decreto 1521 de 1994 ordenó la creación de una “sociedad anónima, de economía mixta de servicios públicos, del orden nacional, de carácter comercial y vinculada al Ministerio de Minas y energía”. Allí se dispuso que “ISA procederá a transferir a aquella la parte de su patrimonio vinculado a la actividad de generación”. La nueva empresa se denominó ECOGEN. Por autorización del Decreto 32 de 1995, la escisión entre ECOGEN e ISA se realizó mediante la escritura pública 230 otorgada el 4 de abril de 1995. La escritura pública de reforma 266 del 24 de abril de 1995 ECOGEN S.A. cambió de denominación por ISAGEN S.A. ESP. En dicha escritura se previó que el patrimonio de ISAGEN se compondría por las plantas de generación que inicialmente eran de ISA, incluida Chivor. La participación estatal en ISAGEN fue del 76,8844% del total de las acciones suscritas y pagadas y dicho porcentaje, que se mantuvo invariable, equivalía, al momento de la venta de Chivor, a 512.828 acciones. 56. La venta de Chivor constituyó, entonces, un proceso de privatización de la propiedad pública, ya que la Central Hidroeléctrica había sido construida con dineros de naturaleza pública, la empresa propietaria recibió aportes públicos y, por ello, su capital ampliamente mayoritario era público. Chivor fue entregada como aporte social para la constitución de ECOGEN S.A., ahora ISAGEN S.A. y, fruto de la operación en cuestión – constitución de una sociedad, mediante la suscripción sucesiva de acciones-, Chivor pasó a manos de particulares. Dicha operación resultó de una política pública adoptada “dentro del proceso de reestructuración del sector eléctrico colombiano y para promover la competencia mediante la vinculación del sector privado al mismo”, como lo explica la exposición de motivos del decreto que aprobó el programa de enajenación. En desarrollo de dicha política pública destinada a obtener recursos para el desarrollo vial del país, fueron vendidas a particulares la central hidroeléctrica de Chivor, la central hidroeléctrica de Betania, Termocartagena y Termotasajero y las de propiedad de Ecopetrol: Ocoa, Yumbo y Gundalay. A pesar de que Chivor era un bien de ISAGEN, se trataba de un activo organizado como una empresa, no sólo por sus componentes físicos y organizacionales, sino por la capacidad que tenía para que, por sí sola, realizara una actividad económica, lo que justamente permitió que, con dicho bien, se constituyera una nueva empresa de propiedad de particulares, denominada Chivor S.A. Tal como lo reconoció ISAGEN en este proceso, Chivor fue vendida “como una unidad de negocio”. Esto resulta relevante, considerando que la Sala de Consulta del Consejo de Estado ha interpretado que la exequibilidad condicionada prevista en la Sentencia C - 392 de 1996 se refiere a aquellos eventos en los que se realiza la venta de “activos organizados como un negocio” o “activos organizados como empresa”, por lo que, las reglas derivadas del artículo 60 de la Constitución se activan cuando se realice la “enajenación de participaciones en el capital de una empresa, aplicable a los activos que equivalen o representen dichas participaciones”. Pese a todo lo anterior, el Ministerio de Hacienda argumentó en este proceso que no eran aplicables las reglas de la Ley 226 de 1995 a esta operación, considerando que las acciones adquiridas por los particulares no pertenecían previamente a la Nación, al ser acciones de una sociedad que no existía previamente: Chivor S.A. Al respecto, debe indicarse que el mecanismo utilizado para la privatización, esto es, la constitución de una nueva sociedad comercial, mediante la suscripción sucesiva de acciones es, en efecto, una operación del mercado primario de acciones, diferente de la enajenación de acciones, que constituye una operación del mercado secundario. Sin embargo, ello no basta, por sí solo, para excluir la aplicación de la Ley 226 de 1995, teniendo en cuenta que, como se evidenció, esta operación corresponde a una enajenación de la participación estatal, en los términos de la exequibilidad condicionada del artículo 20 de la Ley 226. En este sentido, resulta relevante indicar que la Sección primera del Consejo de Estado negó las pretensiones de nulidad del Decreto 20 del 11 de enero de 2000 “por el cual se aprueba el programa de enajenación de la participación estatal en el complejo carbonífero Cerrejón Zona Norte mediante la constitución por suscripción sucesiva de acciones de la Sociedad Cerrejón Zona Norte S.A”. La demanda argumentaba que el vicio consistió en que se acudió a la Ley 226, a pesar de tratarse de una suscripción sucesiva de acciones. Para fallar, la sentencia argumentó: “Expresado de otra manera, si el artículo 60 de la Carta es aplicable no solamente para la enajenación de acciones, cuotas, derechos, partes de interés o cualquier otra de las modalidades de derechos o títulos que pueden presentarse sino que puede abarcar igualmente la enajenación de activos estatales, necesariamente ha de entenderse también que la Ley 226 de 1995 tiene esos mismos alcances, pues al fin y al cabo la democratización de la propiedad, es un mandato constitucional que está llamado a orientar, en casos como este, la

democratización de la propiedad. En ese orden de ideas, si la Corte Constitucional reconoce esos alcances tan extensos al artículo 60 constitucional, no es dable colegir que la norma legal que la desarrolla tenga el alcance restringido que señala el demandante". Como se explicará en el examen de la vulneración del derecho o interés colectivo a la protección del patrimonio público, se constata que en este caso hubo un inadecuado manejo de los dineros, fondos o bienes públicos por lo que, de acuerdo con el referente de protección del patrimonio público se evidencia la violación de la moralidad administrativa. Así las cosas, la omisión del cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995 constituyó, desde un punto de vista objetivo, una vulneración al derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa. Por lo anterior, se analizará si ello se constata igualmente, a partir de un análisis subjetivo. (...) Aunque el mecanismo de venta por suscripción sucesiva de acciones no es, en sí mismo, ilegal y se encuentra previsto en el artículo 50 y siguientes de la Ley 222 de 1995, "por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio", fue utilizado por el Ministerio de Hacienda como argumento para excusar el cumplimiento del artículo 23 de la Ley 226 de 1995. En efecto, el ministerio sostuvo que la suscripción sucesiva de acciones tenía por objeto evitar la suspensión de la actividad de Chivor y, por lo tanto, dar continuidad al servicio público. Frente a ello, debe indicarse que la misma Ley 226 exige, en su artículo 5, que se garantice la continuidad en la prestación del servicio público, lo que indica que tal necesidad no era, en sí misma, incompatible con el respeto de dicha ley que desarrolló el artículo 60 de la Constitución. Es decir que el esquema, en sí mismo, no buscaba eludir la norma, pero fue utilizado como argumento para justificar su desconocimiento. Ciertamente, desde un punto de vista formal, la operación no consistió en la enajenación de la participación accionaria del Estado en ISAGEN y, por lo tanto, luego de la venta, éste conservó la misma cantidad de acciones, desde un punto de vista nominal. Sin embargo, la venta de Chivor a los particulares generó la salida del patrimonio de ISAGEN de un activo trascendental para su operación. La finalidad de la operación no consistió en la capitalización de ISAGEN, ya que se buscaba el recaudo de recursos por parte de sus accionistas, mediante la obtención de utilidades por la venta del activo. Ello se evidencia claramente en documentos públicos previos y posteriores a la operación. Así, en el acta de la junta directiva de ISAGEN en donde se discutió la venta de Chivor se indicó que la enajenación buscaba dejar a ISAGEN "en un punto adecuado" y obtener "recursos que necesita el Estado para sanear su problema fiscal de hoy, que es en parte heredado del sector eléctrico", es decir, que no se pretendía la reinversión de los recursos obtenidos en la misma ISAGEN. Por otra parte, el documento CONPES 2929, denominado balance de los procesos de vinculación capital privado - las privatizaciones / DNP se indicó que "La estructuración de la estrategia de privatización se fundamentó en un reciente marco legal y regulatorio. La Ley de Privatizaciones (Ley 226 de 1995), estableció un procedimiento para la enajenación de la propiedad accionaria estatal, desarrollando así el Artículo 60 de la Constitución Política, que busca promover el acceso a la propiedad". En la página 9 de dicho documento se incluyó un cuadro de las privatizaciones efectuadas: Chivor, Banco Popular, Betania, Termocartagena, Termotasajero, Gas Natural, EPSA, Cerromatoso e Invercolsa. Igualmente, resulta relevante indicar que, a diferencia de lo que ocurrió con la enajenación de la Central Hidroeléctrica de Chivor, mediante el documento CONPES 2931, del 11 de junio de 1997, se estableció el "Programa de inversiones en el departamento del Huila con cargo a la participación en el 10% del producto neto de la enajenación de la Central Hidroeléctrica de Betania" y las inversiones proyectadas ascendieron a 29.940.700.000. Pese a ello, el Gobierno Nacional fue cuidadoso para no afirmar, en documento alguno, que recibió recursos provenientes de la enajenación de Chivor: en el documento CONPES 2960 del 22 de octubre de 1997 se adoptó el "Programa de mejoramiento y rehabilitación de la malla vial secundaria y terciaria del área de influencia de la Central Hidroeléctrica de Chivor". Sin embargo, allí no se indica que los recursos para el área de influencia de la Central Hidroeléctrica de Chivor provengan de la enajenación de Chivor. Igualmente, en la contestación de la adición de la demanda el Ministerio de Hacienda sostuvo que: "En el caso de CHIVOR S.A ESP la recepción de los recursos pagados por los inversionistas de esta nueva sociedad fueron recaudados a través de un patrimonio autónomo manejado por Fiduciaria Previsora S.A.". Igualmente, como respuesta al requerimiento del Tribunal de primera instancia, el ministerio respondió que "NO se tienen registros contables correspondientes al ingreso de recursos generados por la venta del activo denominado Central Hidroeléctrica de Chivor" e, incluso, profirió una certificación en tal sentido. Finalmente, el ministerio agregó: "por lo tanto no podemos certificar en que (SIC) proyectos ubicados en los municipios que los oficios F.A.R.R. 0310 relacionan tales recursos fueron invertidos". Cuando en 2013 el Gobierno Nacional decidió finalmente enajenar las acciones de las que disponía en ISAGEN, aunque nominalmente eran las mismas con las que contaba en 1996, al momento de la venta de Chivor a particulares, del patrimonio de ISAGEN ya había salido este importante activo, se habían recaudado recursos por parte del Gobierno Nacional y no se habían realizado las inversiones en la región, que ordenaba el artículo 23 de la Ley 226 de 1995, en detrimento del mandato constitucional de descentralización, que subyace en esta norma legal. Es decir que existen importantes y suficientes evidencias de la vulneración objetiva de la moralidad

administrativa, al haber materializado, en su conjunto, una elusión del cumplimiento pleno de la regla del artículo 23 de la Ley 226 de 1995, en perjuicio de la región de influencia de Chivor y contrariando del fin esencial del Estado, previsto en el artículo 2 de la Constitución, consistente en “promover la prosperidad general”. Sin embargo, no existen pruebas suficientes de que la actuación del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda, constituyera un acto subjetivamente inmoral. Los indicios que obran en el expediente respecto de la mala fe administrativa, como una actuación consciente y deliberada para eludir normas legales, en detrimento de fines constitucionales, no son suficientes para que esta corporación identifique cuáles fueron los motivos determinantes que impulsaron la estrategia, lo que impide, en el presente caso, afirmar que existió una actuación subjetivamente reprochable a la luz del mandato de moralidad. (...) En relación con la manera concreta como se debe examinar la vulneración del derecho a la protección del patrimonio público en eventos como este, esta corporación ha indicado que: “la protección al patrimonio público que rige los procesos de enajenación de la propiedad accionaria se garantiza de dos maneras: I) con la restricción a la destinación de los recursos obtenidos en la venta, al ordenar que se incorporen al presupuesto del titular de la participación accionaria, y II) con el mandato de valorar el activo con fundamento en estudios técnicos que, a su turno, permitan fijar el justo precio de la acción”. No obstante, de acuerdo con lo expuesto en esta sentencia, a esos criterios es necesario agregar un criterio adicional: iii) con el cumplimiento de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1996. En efecto, aunque en este proceso no se cuestiona la valoración dada a Chivor, para efectos de su venta, lo que se cuestiona es que con los recursos obtenidos por la enajenación no se realizaron las inversiones que ordenaba el artículo 23 de la Ley 226. Esta omisión materializa una vulneración del derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público, en la medida en que significa una inadecuada gestión, uso o destinación de los recursos, apartada de mandatos legales que obligaban una destinación presupuestal específica. No se trata de una afectación del patrimonio de las entidades territoriales, teniendo en cuenta que lo dispuesto por dicha norma, en su versión original, no consiste en la transferencia de recursos a dichos entes, sino la realización de inversiones para el desarrollo regional, por parte del Gobierno Nacional, lo que, en efecto, no ocurrió. Se trata de una indebida e ilegal gestión del patrimonio de la Nación, lo que materializó una vulneración del derecho o interés colectivo a su protección, en los términos explicados y afectó el desarrollo regional, como fin constitucional. La vulneración constatada del patrimonio público es exclusivamente imputable a la Nación, en cabeza del Ministerio de Hacienda. En efecto, si bien es cierto que el Ministerio de Minas y Energía e ISAGEN participaron en la enajenación de Chivor, el desconocimiento del derecho o interés colectivo no se predica de la operación, en sí misma considerada, sino de la omisión posterior que consiste en la no realización de las inversiones ordenadas por el artículo 23 de la Ley 226 de 1995. Tal deber legal recaía exclusivamente en la Nación, en su calidad de accionista mayoritario de ISAGEN, como se desprende claramente del mismo artículo 23, según el cual el 10% “se invertirá, por parte del Gobierno, en la ejecución de proyectos de desarrollo regional” (negritas no originales). Es decir que, a quien le correspondía incluir dichas partidas en el presupuesto general de la Nación era al Ministerio de Hacienda.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 4 de mayo de 2022, C.P. Alberto Montaña Plata, radicación 15001-23-33-000-2013-00105-02\(AP\).](#)

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

**SALVAMENTO DE VOTO / HECHOS DE LA DEMANDA / APLICACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA LEY EN EL TIEMPO / INAPLICACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY / LEY 472 DE 1998 / DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS / ORDEN JUDICIAL DE PAGO / PARTIDA PRESUPUESTAL**

**Problema jurídico:** *¿Era posible aplicar la Ley 472 de 1998 a hechos ocurridos antes de su entrada en rigor, hubo vulneración del derecho a la moralidad administrativa, y era procedente la incorporación presupuestal ordenada en la sentencia?*

**Tesis:** “No comparto la decisión contenida en la sentencia de la referencia de declarar la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público por la venta de la Central Hidroeléctrica de Chivor y condenar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a incluir en el presupuesto general de la Nación una partida equivalente a ciento treinta y ocho mil doscientos treinta y seis millones quinientos trece mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos (\$138.236.513.444). Mis motivos

de inconformidad se centran en los siguientes puntos: (i) la improcedencia de aplicar la Ley 472 de 1998 a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia; (ii) la inexistencia de vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; y (iv) la improcedencia de la orden al Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de la incorporación de una partida presupuestal. (...) En la sentencia se indica que la vulneración a los derechos colectivos alegados en la demanda deviene de la omisión de las entidades accionadas respecto de la inclusión en el presupuesto general de la Nación de una partida presupuestal correspondiente al 10% de la venta de la Central Hidroeléctrica de Chivor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 226 de 1996. (...) Sin embargo, al analizar los elementos objetivos y subjetivos de la moralidad administrativa, en la sentencia se cuestionan las actuaciones del Ministerio de Hacienda que ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 472 de 1998; se reprocha que en la estructuración del proyecto se pretendió encubrir la venta de la central hidroeléctrica como una venta de activos cuando se trataba de la venta de participación estatal. Por lo tanto, no es cierto que se esté analizando la omisión posterior respecto del cumplimiento del artículo 23 de la Ley 226 de 1996 y, en consecuencia, se está aplicando la ley 472 de 1998 a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia. (...) En aplicación de lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional, se indicó en esta providencia que existió un encubrimiento por que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público utilizó la venta de activos para encubrir una venta de participación accionaria del Estado y así evadir el cumplimiento de la obligación de invertir el 10% del producto de la venta. Se afirma que esto se prueba con el hecho de que el ministerio cumplió con todos los requisitos de la Ley 226 de 1995, salvo con la obligación de la inversión. (...) Sin embargo, considero que esto no es suficiente para afirmar que existió un encubrimiento, ni es posible derivar de esta conducta una inmoralidad administrativa. Es posible que la entidad haya iniciado el procedimiento de venta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 226 de 1995, y después darse cuenta que dicha ley no era aplicable. La única inferencia razonable no es que esto se haya usado como una forma de encubrimiento. (...) - Finalmente en la sentencia se condenó al Ministerio de Hacienda a incluir en el presupuesto general de la Nación una partida equivalente a ciento treinta y ocho mil doscientos treinta y seis millones quinientos trece mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos (\$138.236.513.444), por haber omitido la obligación contenida en el artículo 23 de la Ley 226 de 1995. 8.- Sin embargo, no es claro por qué se da la orden de realizar la inversión a esta entidad. Se afirma en la providencia que no todo el producto de la venta se utilizó para capitalizar a Isagén sino que también se utilizó para solventar problemas fiscales del Estado. No obstante, lo anterior, no existe prueba de qué cantidad o qué porcentaje de la venta entró efectivamente a Isagén. Así, ordenar al ministerio a invertir la totalidad del 10% del producto, sin ninguna prueba al respecto, también resulta injustificado.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 4 de mayo de 2022, C.P. Alberto Montaña Plata, S.V. Martín Bermúdez Muñoz, radicación 15001-23-33-000-2013-00105-02\(AP\).](#)

## ACCIONES DE GRUPO

**Improcedencia de la acción de grupo al no demostrarse el presupuesto de uniformidad frente al hecho vulnerante o evento lesivo común y la consecuente adecuación oficiosa al medio de control de reparación directa.**

*Síntesis del caso:* Los integrantes del grupo demandante solicitaron el pago de los perjuicios causados por el desplazamiento que consideran sufrieron con motivo de los constantes ataques de los grupos guerrilleros del ELN y las FARC, así como de las AUC, que se disputaron el control territorial de la zona desde el año de 1988 hasta el año 2012. Adujeron que debieron migrar a otras zonas del país porque las fuerzas armadas omitieron sus labores tendientes a restablecer el orden público por más de 20 años. En primera instancia las pretensiones de la demanda fueron negadas bajo el argumento del hecho de un tercero.

**ACCIÓN DE GRUPO / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE GRUPO / FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE GRUPO / CONDICIONES UNIFORMES EN LA ACCIÓN DE GRUPO / CAUSA COMÚN DEL DAÑO / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / PRUEBA DOCUMENTAL / FUENTE DEL DAÑO / FALTA DE PRUEBA DEL DAÑO / DESPLAZAMIENTO FORZADO / CONDICIÓN DE DESPLAZADO / ADECUACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL / PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA**

*Problema jurídico 1: ¿La acción de grupo ejercida por los demandantes para lograr la declaración de responsabilidad de las fuerzas armadas y de policía por el daño consistente en el desplazamiento forzado, reúne el requisito de procedibilidad relativo a las condiciones uniformes de la causa que originó los perjuicios individuales según lo previsto en los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998?*

**Tesis 1:** “La ausencia de justificación de la conformación del grupo frente al hecho vulnerante común obliga a un análisis preliminar de los medios de prueba allegados al expediente para verificar la acreditación de los presupuestos de procedibilidad de la acción de grupo dirigida a la reparación del daño derivada del desplazamiento forzado de los integrantes del grupo, la fecha en que ocurrió y el presunto responsable. Al punto, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, por medio de oficio suscrito por el jefe de la oficina asesora jurídica el 14 de septiembre de 2015, allegó al expediente un CD con la información de todas las víctimas inscritas en el Registro Único de Víctimas-RUV- del municipio de Granada, Antioquia, en el que relaciona el "hecho" que dio lugar a la inscripción, la fecha de ocurrencia y el posible autor, entre otros. (...) Al expediente también fueron allegadas numerosas certificaciones expedidas por la Personería municipal de Granada, Antioquia, en las que consta que varios de los demandantes fueron inscritos en el registro único de población desplazada, la fecha de ocurrencia del hecho, el número de la declaración y la fecha de valoración, información que coincide con la reportada por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas relacionada en el cuadro precedente. Asimismo, fue aportado al expediente el informe de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos del municipio de Marinilla de 28 de julio de 2015, en el que consta que los demandantes [L.N.L.R.], [I.D.H.P.], [R.E.V.I.] y [O.D.G.L.] son propietarios de inmuebles en ese círculo registral. Los medios probatorios referidos dan cuenta de que la mayoría de los integrantes del grupo demandante tienen la condición de desplazados del municipio de Granada, Antioquia, con excepción de los demandantes [L.N.L.] y [G.D.L.], quienes aparecen inscritas en el RUV, la primera, como víctima indirecta de desaparición forzada y, la segunda, como víctima de pérdida de bienes o inmuebles por hechos ocurridos el 14 de febrero de 2003. Por su parte, el demandante [J.J.G.D.] no acreditó el interés sobre el bien jurídico tutelado, porque no allegó al expediente elementos probatorios que acreditaran su condición de desplazado. En ese orden, ante una eventual condena, la Sala declarará la falta de legitimación en la causa por activa de los tres demandantes citados. En ese orden, si bien está demostrada la condición de desplazados de treinta y siete personas (37) integrantes del grupo, tal circunstancia, por sí misma, no configura el presupuesto de uniformidad previsto en la ley para la procedencia del medio de control dirigido a la reparación de los daños causados a un número plural de personas. porque no se demostró un hecho vulnerante o evento lesivo común que posibilite análisis conjunto de la responsabilidad extracontractual del Estado, dado que el desplazamiento derivó de hechos ocurridos en épocas distintas y con responsables disímiles, motivo por el cual el hecho dañoso y su imputación fáctica y jurídica no presentan similitud. Así, aunque existe uniformidad respecto del daño alegado por la mayoría de los integrantes del grupo, esto es, el desplazamiento forzado individual, no se encuentra acreditado el presupuesto de procedibilidad relativo a las condiciones uniformes del grupo que posibilite el análisis conjunto de responsabilidad, porque el hecho vulnerante y su imputación fáctica son disímiles. En ese orden, el medio de control para la reparación de los perjuicios causados a un grupo resulta improcedente, motivo por el cual, en principio, no es posible emitir pronunciamiento de fondo. No obstante, dado que las pretensiones están encaminadas al reconocimiento de perjuicios de derivados de un daño antijurídico atribuido a la acción u omisión de la fuerza pública, el medio de control ejercido por los demandantes para el resarcimiento de los perjuicios causados al grupo, será adecuado al de reparación directa por ser la acción procedente para ese propósito cuando no es posible el análisis conjunto de la responsabilidad por falta de uniformidad frente al hecho vulnerante o evento lesivo. Lo anterior, en atención a la atribución del juez de adecuar la demanda para dar "el trámite que le corresponda, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada", con el propósito de salvaguardar el derecho de acceso a la administración de justicia y evitar eventuales fallos inhibitorios derivados de la indebida escogencia de la acción -tal como lo ha referido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin



que ello implique que los demandantes "opten por el medio de control que más les convenga para eludir cargas procesales o, incluso, el término de caducidad". En ese orden, la Sala procede a adecuar la acción a la de reparación directa y, en consecuencia, analizará los presupuestos procesales que rigen ese medio de control."

**ACCIÓN DE GRUPO / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / ADECUACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CERTEZA DE LA OCURRENCIA DEL DAÑO / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / INCUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO LEGAL / DESPLAZAMIENTO FORZADO / CONDICIÓN DE DESPLAZADO**

*Problema jurídico 2: ¿La acción indemnizatoria presentada por los demandantes en contra de las fuerzas armadas y de policía por el daño consistente en el desplazamiento forzado fue presentada en el término de caducidad dispuesto en la ley?*

**Tesis 2:** "En este caso la demanda fue presentada después de la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011, por lo que, en principio, el término de caducidad del medio de control de reparación directa es de dos (2) años "contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo (...)". No obstante, en atención a que los hechos expuestos en la demanda dan cuenta de que los actos violentos que causaron el desplazamiento ocurrieron entre los años 1988 y 2008, la Sala infiere que el plazo para el ejercicio del medio de control empezó a correr antes de la vigencia del CPACA. En consecuencia, la norma aplicable al término y conteo de la caducidad de la acción de reparación directa es el artículo 136-8 del CCA, según el cual el plazo vence en dos años "contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa (...)". (...) Bajo el marco legal y jurisprudencial referido, la Sala procede a establecer la fecha en la que se causó el daño y si existieron o no situaciones específicas que le hubieran impedido a los demandantes ejercer materialmente el derecho de acción. Las circunstancias aducidas por la apoderada de los demandantes para sustentar la imputación jurídica de responsabilidad extracontractual a los órganos demandados a título de falla del servicio se enmarca en la presunta "ineficacia de las actividades realizadas por las fuerzas para contrarrestar la ofensiva subversiva", conducta que, según lo narrado en la demanda, propició el daño consistente en el desplazamiento forzado que sufrieron los habitantes del municipio de Granada, Antioquia, entre los años 2000 a 2012. Está demostrado con el informe allegado por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que todos los actores conocieron el daño desde el momento de su ocurrencia y a partir de ese instante tuvieron elementos para inferir la presunta participación de agentes del Estado en su acaecimiento por la presunta "ineficacia" de las acciones que, sabían, realizaban las fuerzas militares y de policía en contra de los grupos subversivos que operaban en la zona. Por otra parte, los actores no allegaron al expediente medios de prueba que demuestren la ocurrencia de circunstancias especiales que les hubieran impedido el ejercicio de la acción de reparación directa para el reconocimiento de los perjuicios causados con motivo del desplazamiento forzado, presupuesto necesario para "inaplicar el término de caducidad" máxime si se tiene en cuenta que ese daño, por sí mismo, no demuestra la imposibilidad material de presentar la pretensión indemnizatoria. En ese orden, el conteo del término de caducidad inicia a partir del conocimiento del daño, esto es, desde que ocurrió el desplazamiento forzado de cada uno de los treinta y siete (37) adultos demandantes ocurrido entre los años 2000 y 2012. Así, como el daño alegado por treinta y seis (36) de los treinta y siete (37) demandantes derivó de hechos acaecidos entre el 1 de septiembre de 2000 y el 26 de enero de 2009, y como la demanda fue presentada el 21 de agosto de 2014, la Sala concluye que el medio de control de reparación directa no fue ejercido en el término de dos años dispuesto en la ley, máxime porque ninguno de los actores acreditó la ocurrencia de circunstancias específicas que hubieran impedido materialmente el ejercicio del derecho de acción. Ahora, en atención a que el desplazamiento forzado "individual" que sufrió [M.J.A.L.] se produjo por hechos ocurridos el 5 de septiembre de 2012 y la demanda fue presentada el 21 de agosto de 2014, la Sala procede a determinar si, en su caso, es posible imputar jurídicamente el hecho dañoso a los órganos demandados."

**ACCIÓN DE GRUPO / IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA / MODIFICACIÓN DE LA SENTENCIA / ADECUACIÓN DEL MEDIO DE CONTROL / MEDIO DE CONTROL DE**

**REPARACIÓN DIRECTA / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN FÁCTICA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / ATAQUE POR GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / IMPUTACIÓN JURÍDICA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / AUSENCIA DE CARGA ARGUMENTATIVA DE LA DEMANDA / INEXISTENCIA DE LA PRUEBA / OMISIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN DEL ESTADO / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / BENEFICIOS DE LA VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / DESPLAZAMIENTO FORZADO / NEGACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**Problema jurídico 3:** *¿Si el daño consistente en el desplazamiento forzado de los demandantes es imputable jurídicamente a los órganos demandados a título de falla del servicio por no detener el actuar violento de los grupos subversivos que combatieron en el municipio de Granada, Antioquia durante más de dos décadas?*

**Tesis 3:** “El daño antijurídico se encuentra acreditado con el informe allegado por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en el que aparece que [M.J.A.L.] fue inscrita como víctima de desplazamiento forzado del municipio de Granada, Antioquia, por hechos ocurridos el 5 de septiembre de 2012, atribuidos a grupos guerrilleros. En relación con la imputación del daño, la información allegada al expediente da cuenta de que la imputación fáctica del hecho recae sobre los grupos guerrilleros que operaban en la zona donde residía la demandante, pero la imputación jurídica se atribuyó a las fuerzas militares y de policía por la “ineficacia” que en la demanda se predica de sus acciones para combatir a los subversivos que causaron múltiples actos violentos en el municipio de Granada, Antioquia, durante más de dos décadas. Ahora, la demanda no hizo ninguna referencia a las circunstancias en las que ocurrió el hecho dañoso que causó el desplazamiento forzado de [M.J.A.L.] el 12 de septiembre de 2012, ni describió las circunstancias de orden público que dice, afectarían al municipio de Granada ese día. Tampoco se determinaron las razones precisas que sustentan la atribución de responsabilidad en contra de los órganos demandados, ni se aportaron medios de prueba para acreditar ese elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, pues tan solo se hizo mención, en forma genérica, a la ineficiencia de las acciones de la fuerza pública para combatir a los grupos subversivos. La ausencia de fundamentos de hecho que sustenten la imputación y la orfandad probatoria frente a ese elemento, hacen necesario reiterar que la atribución de responsabilidad al Estado por el cumplimiento o inobservancia del deber constitucional de las autoridades de proteger a las personas residentes en Colombia, en su vida honra, bienes y demás derechos y libertades, y los propósitos de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional, exige el análisis de la carga obligacional de los agentes estatales frente a un hecho concreto que permita establecer si al momento de ocurrencia del daño se cumplió o no el deber legal. En eventos como el presente, en los que se acredita el acaecimiento de violaciones manifiestas a los derechos humanos y violaciones graves de las normas de derecho internacional humanitario (DIH) causados por terceros y no se demuestra la participación por acción o por omisión de autoridades públicas, resulta oportuno mencionar que el Estado ha adoptado disposiciones legislativas y administrativas para proporcionar a las víctimas la reparación integral de los derechos conculcados, y la garantía de los derechos a la verdad y a la justicia para garantizar el cumplimiento de la obligación de respetar y asegurar que se respeten las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Las Leyes 387 de 1997 y 1448 de 2011 han adoptado medidas para la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia (...). Normas como las referidas, cimentadas en el principio de solidaridad previsto en el artículo 1° de la Constitución Política, garantizan el respeto de las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario y otorgan a las víctimas de daños causados por combatientes no estatales herramientas para materializar el derecho a la reparación integral con cargo a fondos públicos. Así, la Sala concluye que la demandante [M.J.A.L.], quien tenía la carga de la prueba, no aportó elementos probatorios para acreditar la atribución jurídica de responsabilidad a los órganos de la fuerza pública demandados por la acción u omisión que presuntamente contribuyó a la ocurrencia del desplazamiento forzado presentado en el marco del conflicto armado interno, motivo por el cual sus pretensiones indemnizatorias serán negadas.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 30 de marzo de 2022, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación 76001-23-33-000-2014-00879-01\(AG\).](#)

2

**SALA PLENA  
DEL CONTENCIOSO**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

**El recurso extraordinario de revisión y, en específico, la causal de existir una nulidad originada en la sentencia, no tiene por objeto corregir los errores de apreciación de los hechos y de las pruebas en los que, a juicio del recurrente, hubiera podido incurrir el juez natural.**

*Síntesis del caso:* En ejercicio del recurso extraordinario de revisión, el señor Joaquín Alfonso Cortina Sulbarán con el que pretende que se infirme la sentencia del 11 de marzo de 2021, dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado, con radicado número 47001-23-33-000-2020-00550-01, mediante la cual se revocó la decisión del Tribunal Administrativo del Magdalena y, en su lugar, decretó la pérdida de su investidura como diputado de la Asamblea departamental del Magdalena.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONTRA SENTENCIA DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DEL DIPUTADO / CAUSALES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO / VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN INFUNDADO**

*Problema jurídico:* ¿La sentencia proferida el 11 de marzo de 2021 por la Sección Primera del Consejo de Estado, dentro del medio de control de pérdida de investidura, se encuentra incurso en la causal de revisión contemplada en el numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esto es, por existir una nulidad originada en la sentencia al presentarse una presunta violación del debido proceso del accionado?

**Tesis:** “Esta Corporación ha sostenido que para hacer procedente la causal bajo estudio, la nulidad alegada por quien promueve el recurso debe surgir en la propia sentencia y no en etapas procesales precedentes, salvo que la parte recurrente solo haya tenido conocimiento de la irregularidad cuando se profirió la sentencia (...). Por otra parte, no cualquier irregularidad puede configurar una nulidad que constituya sustento suficiente para la procedencia de la causal en comento. En ese sentido, debe verificarse: i) una de las causales taxativamente expresadas en el artículo 133 del Código General del Proceso; o ii) la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. (...) [E]sta causal de revisión no tiene por objeto corregir los errores de apreciación de los hechos y de las pruebas, en que a juicio del recurrente hubiera podido incurrir el fallador, pues eso equivaldría a convertir el recurso en un juicio contra el fondo de la sentencia, discutiendo nuevamente los hechos, ya dilucidados con fuerza de cosa juzgada, sino que su finalidad radica en servir como mecanismo excepcional para remediar la inobservancia de las reglas propias de la sentencia, que vician su validez. (...) [P]ara a Sala no se configura la causal de procedencia adjetiva del recurso extraordinario de revisión alegada en el caso concreto, esto es, la nulidad originada en la sentencia por violación al debido proceso, pues i) los argumentos expuestos por el recurrente cuestionan el razonamiento dado por el juez natural del asunto respecto del análisis de la culpabilidad en el proceso de pérdida de investidura, lo que desvirtúa la naturaleza de este medio excepcional y lo convierte en una tercera instancia y ii) en todo caso, no se advierte que la actividad judicial de la Sección Primera del Consejo de Estado hubiere afectado el derecho de defensa, como parte del núcleo esencial de la garantía del debido proceso de Joaquín Alfonso Cortina Sulbarán”.

**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 Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Tercera de Decisión, Sentencia del 4 de diciembre de 2018, Rad. 11001-03-15-000-2018-00888-00; Sala Especial Quince de Decisión, Sentencia del 3 de marzo de 2020, Rad. 11001-03-15-000-2016-02343-00 y Sala Especial Decimosexta de Decisión, sentencia del 05.05.2020, Rad. 11001-03-15-000-2017-02519-00.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuarta Especial de Decisión; sentencia del 25 de julio de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 11001-03-15-000-2021-06788-00\(REV-PI\)](#)

**Salvamento parcial de voto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto**

## SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN / CONDENA EN COSTAS / CAUSACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / REQUISITOS DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO

*Problema jurídico: ¿Era procedente la condena en costas en la sentencia que resolvió el recurso extraordinario de revisión de la referencia cuando las agencias en derecho no fueron debidamente acreditadas?*

Tesis: “[A]unque comparto que en este caso se debe declarar infundado el recurso extraordinario de revisión, discrepo de la imposición de la condena en costas, por cuanto si bien es cierto el artículo 255 del CPACA, modificado por el artículo 70 de la Ley 2080 de 2021, prevé que «[s]i se declara infundado el recurso, se condenará en costas y perjuicios al recurrente», en mi criterio esa regla se debe analizar en conjunto con la señalada en el numeral 8 del CGP, esto es, que «[s]olo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación». Como en este asunto estimo que las agencias en derecho no se encuentran debidamente acreditadas, considero que no hay lugar a la imposición de costas con cargo a la parte demandante”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Cuarta Especial de Decisión; sentencia del 25 de julio de 2022; Salvamento parcial de voto Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2021-06788-00\(REV-PI\)](#)

3  
SECCIÓN  
PRIMERA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. Se decreta de urgencia la medida cautelar de suspensión provisional de unos artículos del acto por medio del cual la ANLA modificó una licencia ambiental.

*Síntesis del caso:* Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, cuestionando la legalidad de los artículos 2, 4 y 12, en lo que respecta a las especies *Andinobates fulguritus*, *Andinobates bombetes*, *Oophaga histrionica*, *Chlorochrysa nitidissima*, *Rupicola peruvianus*, que fueron referidas en los numerales 5, 6, 13, 23, y 24 de la tabla de localidades de la Resolución número 02370 del 3 de diciembre de 2019, "Por medio de la cual se modifica una licencia ambiental", las cuales habitan en el departamento de Risaralda y son competencia de la CARDER; licencia que fue otorgada a la sociedad Tesoros de Colombia Sustainable Farm S.A.S., y proferida por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA.

**SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA / AUTORIDAD NACIONAL DE LICENCIAS AMBIENTALES / LICENCIA AMBIENTAL / REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA AMBIENTAL / MODIFICACIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL / ZOOCRIADERO / PROTECCIÓN DE LA FAUNA / PROTECCIÓN DE LA FLORA / DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL MEDIO AMBIENTE / FAUNA SILVESTRE / NACIÓN / MANEJO DE ESPECIES DE FAUNA SILVESTRE / INTERÉS PÚBLICO / MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA / AUTO QUE DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

*Problema jurídico:* [D]efinir si es procedente decretar una medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos enjuiciados, cuando se señala que los estudios técnicos que dieron lugar a la modificación de la licencia ambiental impugnada, no eran suficientes para determinar la viabilidad de la actividad de caza de fomento con fines de zootecnia de las especies que son objeto de controversia.

**Tesis:** "En cuanto a los reproches sobre el desconocimiento del numeral 1.4. del artículo 1 ibídem [Resolución 1317 de 2000], tendrá verificarse si para la expedición de la licencia ambiental demandada se aportaron los estudios para determinar la viabilidad biológica de la caza de fomento de las especies descritas en el acto objeto de controversia. [...] Todo lo dicho, en principio, pone en evidencia la trasgresión de lo previsto en el numeral 1.4. de la Resolución 1317 de 2000, debido a que, dentro del trámite de modificación la citada licencia ambiental, no obraba la información necesaria para conocer el estado real de la población objeto de licenciamiento o, en otras palabras, no existía certeza respecto a si dichas especies pueden mantener su capacidad y estabilidad en caso de autorizarse las actividades de caza de fomento. En efecto, téngase en cuenta que, para la expedición de la mencionada modificación de la licencia, se requería que el interesado allegara un estudio que, como mínimo, previera la siguiente información: (a) las estrategias reproductivas, las tasas de crecimiento y natalidad y comportamientos sexuales de las especies, (b) ecología de los individuos en cuanto a la estructura dinámica y estado de las poblaciones afectadas, y (c) la capacidad de las poblaciones y su hábitat para mantener su estabilidad frente al desarrollo de la actividad de caza de fomento propuesta. No obstante, la ANLA, al emitir el acto que se cuestiona, expresamente reconoció que los estudios presentados por Tesoros de Colombia Sustainable Farm S.A.S., habían sido elaborados a partir de análisis de terceros, razón por la que no había claridad frente a los índices reales de las poblaciones y la información sobre biología reproductiva de las especies, pero que, dichos datos, pretendían ser evaluados en la fase experimental de zootecnia y de los programas de investigación proyectados como futuros objetivos del zootecniario. Se nota de lo expuesto que la autoridad ambiental accionada reconoció que no estaban dados todos los presupuestos indicados en la normativa para otorgar la modificación al licenciamiento y pese a ello, accedió a la petición así radicada por Tesoros de Colombia Sustainable Farm S.A.S. Así las cosas, la ANLA convirtió un requisito de formación del acto cuestionado en un parámetro que debía ser tenido en cuenta en la fase experimental del programa de zootecnia. En otras palabras, concedió la licencia enjuiciada pese a que no se encontraba acreditada la viabilidad biológica de las especies objeto de las pretendidas actividades de caza de fomento, siendo que los análisis que acreditaron dicho requisito debían ser ponderados de manera previa a la expedición del acto, dado que éste configuraba un elemento que resultaba necesario para la formación del respectivo acto y no para su ejecución, como erradamente lo comprendió la autoridad acusada, bajo la consideración de que el desarrollo de la fase experimental era el escenario para obtener información sobre el estado de cada especie. Así pues, a juicio del Despacho, lo que se impone es la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, respecto de las especies que son objeto de controversia, en razón a que la falta de certeza sobre la viabilidad biológica para otorgar permisos que fueron concedidos en dicha decisión, podría conducir a un daño irreparable, debido a su estado de fragilidad y la

consecuente extinción que podría ocasionar un mal manejo de éstas. Al respecto, téngase en cuenta que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a través de la Resolución 1279 de 2017, consideró que las especies *Oophaga histriónica* y *Rupicola peruvianus*, tenían un riesgo de extinción o de deterioro poblacional a mediano plazo. Mientras que la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza - UICN, ha indicado que las denominadas como *Andinobates fulguritus*, *Oophaga histriónica*, *Andinobates bombetes*, *Chlorochrysa nitidissima* y *Rupicola peruvianus* también se encuentran en diferentes estados de vulnerabilidad (desde la preocupación menor de su extinción hasta la vulnerabilidad y su estado crítico). No se pasa por alto que, si bien frente al listado emitido por dicha organización internacional, la ANLA en el acto censurado señaló que el mismo no era vinculante para Colombia, no es menos cierto que dicho listado constituye una herramienta consultiva que permite determinar cuál es el estado de las especies, de manera que es un indicio válido sobre el estado de vulnerabilidad. [...] En lo que hace al último numeral, esto es, el numeral 1.5. *ibidem* [Resolución 1317 de 2000], [...] es posible colegir ab initio que, si bien [la] citada sociedad habría identificado las amenazas que podrían acontecer para el aprovechamiento de las especies autorizadas en el acto censurado y que se habría presentado una matriz causa – efecto, en la que se relacionaron los posibles impactos que podría generar la mencionada actividad y sus repercusiones ambientales, lo cierto es que, como se vio en el anterior punto, dichas variables no tuvieron en cuenta los criterios de viabilidad biológica de las especies objeto de controversia a mediano y largo plazo, debido a que éstos últimos estudios no fueron elaborados por la empresa peticionaria. De ahí que, frente a tales aspectos, no resultaba posible que contemplaran las medidas que permitieran controlar las amenazas que pudieran prolongarse en el tiempo por el aprovechamiento de la fauna silvestre, de modo que, para el momento de concesión de la licencia, no existía ningún instrumento válido que estuviera dirigido a la mitigación de los eventuales riesgos, circunstancia que pone en evidencia la vulneración del numeral 1.5. del artículo 1º de la Resolución 1317 de 2000. 2.2.3. Así las cosas y al estar acreditado el desconocimiento de los numerales 1.4. y 1.5. del artículo 1º de la Resolución 1317 de 2000, el Despacho decretará de urgencia la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los artículos 2, 4 y 12, en lo que respecta a las especies *Andinobates fulguritus*, *Andinobates bombetes*, *Oophaga histriónica*, *Chlorochrysa nitidissima*, *Rupicola peruvianus*, y que fueron referidas en los numerales 5, 6, 13, 23, y 24 de la tabla de localidades del artículo 12 la Resolución número 02370 de 2019, las cuales habitan en el departamento de Risaralda y son competencia de la CARDER.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 4 de agosto de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2020-00431-00.](#)

## **2. Se declara la nulidad del acuerdo por medio del cual se modificó el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Soacha, por haber sido expedido sin el lleno de los requisitos exigidos en los artículos 24 y 25 de la Ley 388 de 1997.**

*Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, contra el Acuerdo Municipal de Soacha No. 21 de fecha 31 de mayo de 2008., ““Por medio del cual, el Concejo Municipal de Soacha establece una preceptiva municipal, para una ciudad más sana, amable y humana, en defensa de la integridad de la ciudadanía, del espacio público y de su descontaminación y, en lo relacionado con las redes de servicios públicos, así: red aérea existente en espacio público, red subterránea en espacio público, acometidas en espacio público, infraestructura de las redes de servicios públicos, elementos de las redes de servicios públicos, programa de manejo, ordenamiento y subterranización de redes en el espacio público y normas técnicas (sic) generales para diseño y construcción (sic) de canalizaciones y distribuciones en el espacio público”.*

**ACUERDO DEL CONCEJO MUNICIPAL / USO DEL ESPACIO PÚBLICO / RED DE SERVICIOS PÚBLICOS / DESARROLLO URBANO / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / REVISIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL**

*Problema jurídico 1: Si la acción urbanística estructural emitida por el Concejo de un Municipio consistente reubicar los postes, las estructuras y los diferentes elementos para permitir y optimizar el libre desplazamiento ciudadano, ubicando de forma ortogonal o perpendicular las acometidas domiciliarias, modificar la ubicación de redes aéreas de servicios públicos y subterranizar de manera paulatina las redes de servicios públicos existentes en el espacio público por cuenta de las empresas*



*prestadoras, los concesionarios y los propietarios de las redes de servicios públicos, se debe tramitar como un proceso de revisión del POT.*

**Tesis 1:** [D]e conformidad con lo estatuido en el párrafo del artículo 8, el numeral 11 del artículo 13 y el numeral 1 del artículo 15, todos de la Ley 388 de 1997, así como lo establecido en el artículo 9 del Decreto 879 de 1998, la manera para autorizar esas acción urbanísticas es a través de su inclusión en el POT y que su modificación debe, de manera imperativa, efectuarse a través del procedimiento para la revisión general del POT o a iniciativa del Alcalde, siempre que demuestre por medio de estudios técnicos la necesidad de llevarlo a cabo. Siendo ello así, también coincide la Sala en este aspecto con el a quo cuando indicó que la expedición del Acuerdo 21 de 2008 debió canalizarse a través de esos procedimientos, circunstancia que permite desestimar el argumento aducido por el ente territorial en la alzada cuando indicó que ello no era necesario. En tal contexto, pasa la Sala a analizar si, a pesar de no haberse adelantado el trámite de revisión general del POT para la incorporación de acciones urbanísticas estructurales y generales, como las contenidas en el acto demandado, se cumplieron, como lo señala el memorialista, con las instancias de participación y concertación, lo cual conduce a ilustrar sobre el procedimiento que debe agotarse para ese efecto.

**CONCEJO MUNICIPAL / ALCALDE / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / ACCIÓN URBANÍSTICA / USO DEL SUELO / REVISIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / MODIFICACIÓN DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / CONCERTACIÓN INTERINSTITUCIONAL DEL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL / DERECHO DE CONSULTA / PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA / EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

**Problema jurídico 2:** *Si es nulo, por expedición irregular, el acto administrativo que ordena reubicar los postes, las estructuras y los diferentes elementos para permitir y optimizar el libre desplazamiento ciudadano, ubicando de forma ortogonal o perpendicular las acometidas domiciliarias, modificar la ubicación de redes aéreas de servicios públicos y subterranizar de manera paulatina de las redes de servicios públicos existentes en el espacio público por cuenta de las empresas prestadoras, los concesionarios y los propietarios de las redes de servicios públicos, si no atendió las etapas previstas para la revisión del POT.*

**Tesis 2:** De la lectura de la anotada disposición [artículo 28 de la Ley 388 de 1997] se desprende que los planes de ordenamiento territorial deben definir la vigencia de sus contenidos y las condiciones que ameritan su revisión. Para ello, las autoridades se encuentran obligadas a tener en cuenta que el contenido estructural tiene vigencia de largo plazo, esto es, mínimo de tres (3) períodos constitucionales de alcalde, y que la revisión puede emprenderse durante el inicio de un nuevo período constitucional de la administración municipal o distrital. En todo caso, estas revisiones están sometidas al mismo procedimiento que se aplica para la aprobación de los planes, y deben sustentarse en las previsiones sobre la población urbana o en la necesidad de ejecutar proyectos de impacto en materia de infraestructuras, expansión de servicios públicos o proyectos de renovación urbana. Ahora, el artículo 12 de la Ley 810 de 2003 dispuso que los concejos municipales y distritales, por iniciativa de los alcaldes, pueden revisar y hacer ajustes a los planes de ordenamiento territorial, y que si no los aprueban en un plazo de noventa (90) días calendario, el alcalde puede emitirlos por decreto [...] Es decir, que el artículo 12 de la Ley 810 de 2003 habilitó la modificación de los planes de ordenamiento territorial ya adoptados, siempre que se presenten las condiciones consagradas en la Ley 388 de 1997, esto es, que se sustenten en motivos y estudios técnicos, caso en el cual, de todos modos, deberán acogerse los requisitos y procedimientos previstos en los artículos 24 y 25 ibidem. Pues bien, el artículo 24 ibidem prevé una instancia de concertación interinstitucional y de consulta ciudadana dentro del trámite de formulación y adopción de los planes de ordenamiento territorial, [...] De acuerdo con lo anotado, el alcalde, antes de presentar el proyecto de plan de ordenamiento territorial al concejo, es responsable de que se surta el trámite de concertación interinstitucional y consulta ciudadana. En ese procedimiento, el proyecto debe ser sometido a consideración y aprobación de: (i) la Corporación Autónoma Regional, solo en lo concerniente a los asuntos ambientales, y su decisión es apelable ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, (ii) la instancia de concertación con la Junta Metropolitana, para el caso de los municipios que formen parte de áreas metropolitanas y (iii) el Consejo Territorial de Planeación. Mientras el proyecto es revisado por esas autoridades, se deben solicitar opiniones a los gremios económicos y a las agremiaciones profesionales y se deben realizar convocatorias públicas para la discusión del plan. Además, se deben exponer los documentos básicos del plan en sitios accesibles a todos los interesados, de manera que se garantice su conocimiento masivo. De la misma manera, se deben poner en marcha los mecanismos de participación comunal previstos en el artículo 22 de la misma ley y recoger las recomendaciones y observaciones que se presenten, las cuales deben ser evaluadas por la administración. Luego, de conformidad con lo consagrado en el artículo 25 ibidem, surtida la etapa de concertación interinstitucional y de participación democrática, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo del concepto del Consejo

Territorial de Planeación, el alcalde debe poner el proyecto de plan de ordenamiento territorial a consideración del concejo [...] De acuerdo con lo anterior, los planes de ordenamiento territorial inciden en el derecho de propiedad, en la planeación urbana y en el desarrollo armónico de las ciudades. Por ello, si bien éstos no son inmodificables, para su variación, deben respetarse los procedimientos democráticos consagrados en las normas superiores que los rigen, y, especialmente, deben motivarse en razones vinculadas al interés público. Lo anterior, como manifestación del Estado Social de Derecho, del principio de legalidad y de los principios de transparencia y publicidad que rigen la actuación de las autoridades. [...] Nótese que existe toda una regulación que privilegia los procesos de participación a través de la concertación dada la relevancia de los intereses que están de por medio, pues, como lo dejó en evidencia la Corte Constitucional, los entes territoriales, al regular los usos del suelo, no solamente se encuentran habilitados para alterar el alcance de derechos individuales como el de propiedad, sino que además definen el entorno en el que se desenvuelve la sociedad, lo cual comporta la modificación de derechos que trascienden la esfera personalísima del ciudadano. Siendo ello así, es preciso que las autoridades territoriales observen con toda atención el procedimiento definido para la revisión del POT, aspecto que el Municipio de Soacha adujo haber agotado cuando, mediante correos electrónicos enviados el 10 y el 13 de mayo de 2008, convocó a Codensa S.A. E.S.P., con el fin de vincularla a la iniciativa y de articular a los implicados, a través de la cooperación y colaboración interadministrativa; no obstante, es palpable que la comunicación del proyecto a una de las entidades que se verían afectadas por la medida no tiene el alcance de suplir todas las obligaciones consagradas en la Ley 388 de 1997. Como se dijo, las reglas que se establecen en los planes de ordenamiento territorial tienen incidencia sobre el derecho de propiedad, la planeación urbana y el desarrollo de los municipios y distritos. Por tal razón, tanto los actos que los adoptan como los que los modifican deben formarse de acuerdo con los procedimientos de participación democrática establecidos en normas superiores, esto es, mediante la realización de un debate abierto en el que se ponderen los intereses de otras autoridades, de la comunidad y de los gremios, con miras a garantizar, en desarrollo del principio de transparencia, que estén motivados en razones vinculadas al interés público. En todo caso, vale la pena destacar que en el plenario no obra ninguna prueba de que el proyecto se haya sometido a divulgación y discusión pública. Por el contrario, obra copia del oficio OAJ 533 – 2010 del 3 de mayo de 2010, mediante el cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Municipio de Soacha manifestó al representante legal de Codensa S.A. E.S.P. que “en ningún momento el Acuerdo 21 de 2008 (...) está revisando o modificando el POT de este Municipio, por lo que no se hace necesario (sic) la aplicación del artículo 7 del decreto 4002 de 2001, ni los artículos 24 y 25 de la Ley 388 de 1997”. En consecuencia, nuevamente encuentra la Sala acorde con el orden jurídico la sentencia emitida por el Tribunal cuando indicó que no se había cumplido con el trámite al que se ha hecho referencia.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de agosto de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 25000-23-24-000-2010-00271-01.](#)

### **3. Se suspenden los efectos del artículo 3 del Decreto 2025 de 2011, porque con su expedición el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria.**

*Síntesis del caso: Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, contra del artículo 3 y del inciso primero del artículo 4 del Decreto 2025 del 8 de junio de 2011, “por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010”, proferido por el Gobierno Nacional.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD / SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO / NORMATIVIDAD DE LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO / SANCIÓN A LA COOPERATIVA / POTESTAD REGLAMENTARIA / FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA / PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA SANCIÓN / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD / PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL / AUTO QUE DECRETA MEDIDA CAUTELAR / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

*Problema jurídico: ¿Se debe acceder a la solicitud de suspensión provisional del artículo 3 del Decreto 2025 de 2011, con sustento en que el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria al establecer*

*en el acto acusado, sanciones no previstas en la ley y criterios para su aplicación, respecto de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, dado que dicha función le corresponde de manera exclusiva al legislador?*

**Tesis:** [S]e observa que el decreto acusado tenía como propósito reglamentar parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, que previeron: El artículo 63 de la Ley 1429 de 2010: “ARTÍCULO 63. CONTRATACIÓN DE PERSONAL A TRAVÉS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO. [...]”. Por su parte, la Ley 1233 de 2008 tuvo como objeto precisar “los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones”. Dentro de las disposiciones que desarrolla esta ley, solo dos artículos [4 y 7] contienen sanciones para las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado [...]. Así las cosas, es posible concluir que, ni el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, ni las disposiciones de la Ley 1233 de 2008, le otorgaron al Gobierno Nacional la función de establecer las conductas sancionables en las que podrían incurrir las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado, por lo que la regulación prevista por el artículo 3 del Decreto 2025 de 2011 solamente se podía circunscribir a las causales tipificadas por el legislador en las precitadas normas, dado que sobre aquellas recaía la función reglamentaria. [...] De contera, las conductas enlistadas por el artículo 3 del Decreto 2025 de 2011 no guardan correspondencia ni fueron previstas por el legislador en las normas objeto de reglamentación [...]. En ese orden de análisis, no son de recibo los argumentos esgrimidos por el Ministerio del Trabajo y el apoderado del Presidente de la República cuando señalaron que el propósito del decreto acusado fue “solucionar el problema derivado de la dispersión normativa existente en la materia y enlistar situaciones que en las Leyes referidas [1233 de 2008, 1429 de 2010, 79 de 1988 y 24 de 1981] están consagradas como obligaciones, requisitos, deberes o prohibiciones”, puesto que, como se indicó en precedencia, la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 fueron las normas reglamentadas por el acto acusado, y no las Leyes 24 de 1981 y 79 de 1988, por lo que se recuerda que el ejecutivo sólo podía dictar normas que guardaran relación con el marco normativo que pretendía desarrollar; además, se itera, las conductas enlistadas por el artículo 3 enjuiciado no fueron previstas en las disposiciones objeto de regulación. Finalmente, tampoco se trata de un decreto compilatorio, cuya finalidad es distinta a la emanada del ejercicio de la potestad reglamentaria, habida cuenta que, a través de la primera, el ejecutivo está facultado tan solo para la recopilación y transcripción de normas sin que le sea dable “alterar en modo alguno las disposiciones legales superiores que son objeto de compilación” [...]. Por las razones antes explicadas, el despacho accederá a la medida de suspensión solicitada del artículo 3 del Decreto 2025 de 2011 por estar reunidos los requisitos señalados en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que, prima facie puede advertirse que, de la confrontación de la disposición acusada con la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el legislador no previó en éstas últimas las conductas en las que podrían incurrir las cooperativas y las precooperativas de trabajo asociado como sanción, lo que a su vez, constituye una violación del principio de legalidad en materia sancionatoria.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 29 de junio de 2022; C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-25-000-2015-00548-00.](#)

#### **4. Se declara la nulidad parcial del decreto por medio del cual se ajusta el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio de Gachancipá, por establecer la procedencia de aplicar cesiones gratuitas obligatorias (tipo A) en suelo rural y suelo rural suburbano.**

**Síntesis del caso:** *Se presentó demanda, en ejercicio de la acción de nulidad, para que se declare la nulidad del artículo 120 del Decreto núm. 022 de 16 de abril de 2009 “[...] Por medio del cual se ajusta el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Gachancipá [...]”, expedido por el Alcalde del Municipio de Gachancipá y el Acuerdo Municipal núm. 05 de 10 de noviembre de 2000 “[...] Por medio del cual se adopta el plan de ordenamiento territorial del Municipio de Gachancipá [...]”, expedido por el Concejo del Municipio de Gachancipá.*

**ORDENAMIENTO TERRITORIAL MUNICIPAL / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL MUNICIPAL / CESIÓN OBLIGATORIA GRATUITA / SUELO RURAL / EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO / IMPERIO DE LA LEY / PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA / EXTRALIMITACIÓN DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

*Problema jurídico: [S]i con la decisión de aplicar la excepción de ilegalidad se desconocen los artículos 8 de los Decreto núm. 3600 de 2007 modificado por el artículo 19 del Decreto núm. 4066 de 2008 y el mandato constitucional de promover la prosperidad mediante equipamientos colectivos e infraestructura de servicios públicos*

**Tesis:** [L]a Sala advierte que las cesiones gratuitas obligatorias en el componente rural, como parte de los planes de ordenamiento territorial, fueron establecidas en los decretos reglamentarios de la Ley, particularmente en el Decreto núm. 4066 de 2008, expedido por el Presidente de la República. La Sala advierte a partir del análisis de los alcances de los decretos citados que el Decreto acusado núm. 022 de 2009 es contrario a lo previsto en la ley 388 sobre las cesiones urbanísticas gratuitas obligatorias. Al respecto, en el numeral 2.º del artículo 13 de la Ley 388 contempló la obligación de las cesiones gratuitas, a cargo de los propietarios, únicamente para las diferentes infraestructuras del componente urbano de los planes de ordenamiento territorial de los municipios. A su turno, atendiendo el artículo 14 de la Ley 388 definió el componente rural de los planes de ordenamiento territorial, sin que la norma que describe los elementos haya incluido las cesiones obligatorias gratuitas para este tipo de suelos. En ese orden, para la Sala al no haber previsto la regulación de las cesiones para el ámbito rural, el acto acusado no podía extender dicha obligación al citado componente en el municipio de Gachancipá en contra del mandato legal que rige la estructuración del plan de ordenamiento. Asimismo, la Sala considera que la reglamentación de la ley 388 tampoco podía disponer la inclusión de las cesiones gratuitas en el suelo rural, por cuanto la norma objeto de desarrollo legal no estableció dicha obligación para el sector rural de las entidades territoriales. En ese sentido, la Ley 388 tuvo como objeto la armonización y actualización de las disposiciones de la ley 9 de 1989 con las normas de la Constitución, la ley orgánica del plan de desarrollo, las áreas metropolitanas y el sistema nacional ambiental. La ley 9ª de 1989 adoptó normas sobre los planes de desarrollo municipales y disposiciones aplicables específicamente al sector urbano de tales regulaciones locales en las referidas entidades territoriales. La reglamentación de la ley 388 no podía ocuparse de las cesiones obligatorias en el ámbito rural, dado que tales normas no lo establecen como parte de los planes de ordenamiento. De este modo, la Sala considera que la reglamentación contenida en los Decretos núm. 3600 de 2007 y 4066 de 2008 excedió los alcances de la norma que fue objeto de desarrollo, como es la ley 388, hasta incluir aspectos no regulados en materia de ordenamiento territorial. Así, ambos decretos son parcialmente contrarios a la Ley 388 y por esta razón la Sala encuentra ajustada a derecho la aplicación de la excepción de ilegalidad, respecto de sus artículos 19 y 8 de los Decretos 3600 de 2007 y 4066 de 2008, al haber ampliado irregularmente los alcances jurídicos de la disposición legal reglamentada en cuanto a las cesiones gratuitas en los sectores rurales. En el presente asunto, el Decreto Reglamentario núm. 4066 de 2008, expedido por el Presidente de la República, desconoció el marco normativo previsto en la Ley 388, por lo que no podía constituirse en fuente para la implementación de las cesiones obligatorias en el municipio de Gachancipá, como ocurrió en el decreto acusado. Lo anterior, en atención a que como quedó expuesto, la Ley 388 estableció las cesiones gratuitas obligatorias, como parte de los planes de ordenamiento territorial, solamente para el componente urbano y para los suelos de expansión urbana de las entidades territoriales, por lo que al hacerlas extensivas al suelo rural, el acto acusado que modificó el Plan de Ordenamiento Territorial vigente desde el año 2000 en el Municipio de Gachancipá, desconoció lo señalado en la Ley 388 para la estructuración del plan de ordenamiento territorial. Así las cosas, la Sala advierte que con la decisión del a quo de aplicar la excepción de ilegalidad no se desconoce lo previsto en los artículos 8 y 19 de los Decretos núm. 3600 de 2007 y 4066 de 2008, dado que una vez realizado su análisis se infiere que son contrarios a la Ley 388, que se reitera, no ha regulado las cesiones urbanísticas gratuitas en ámbito rural. Asimismo, si bien se debe proteger el mandato constitucional de promover la prosperidad con los equipamientos colectivos e infraestructura de servicios públicos que el Estado debe proporcionar, lo cierto es que ello no debe llevar al punto de que el juez de conocimiento desconozca las previsiones legales (Ley 388) a las que deben sujetarse los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República. Al respecto, el Municipio de Gachancipá no logró desvirtuar que los decretos no vulneran la Ley 388, en cambio, en el curso del proceso quedó demostrada lo siguiente: i) la prohibición de incluir cesiones urbanísticas gratuitas en suelo rural o suelo rural suburbano y, ii) que el Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Gachancipá incluyó cesiones urbanísticas en el suelo rural aun cuando la Ley 388 no lo permite. De lo anterior se concluye que el acto demandado violó efectivamente los artículos 13 y 15 de la Ley 388, razón suficiente para confirmar la sentencia proferida por el a quo.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de mayo de 2022; C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 25000-23-24-000-2011-00881-02.](#)

4  
SECCIÓN  
SEGUNDA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 era fundamento suficiente en materia de competencia para ordenar la suspensión de términos en actuaciones administrativas antes de la expedición y entrada en vigencia del Decreto Legislativo 491 del mismo año.

*Síntesis del caso:* En ejercicio del medio de control de nulidad simple, se demandó una instrucción proferida el 25 de mayo de 2020 por la Policía Nacional, a través de la cual se suspendieron los términos de las ro disciplinarias, pues en criterio del demandante la competencia para una medida de esa naturaleza solo surgió con el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020. Las resoluciones que prorrogaron tal medida también fueron acusadas bajo el argumento de que, si bien se profirieron en vigencia de esta última norma, su unidad de propósito con el primero de tales actos hacía que el vicio se proyectara sobre todos ellos.

## COSA JUZGADA / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD Y MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD SIMPLE

*Problema jurídico 1:* «¿Se configuró el fenómeno de la cosa juzgada en relación con las decisiones que, en ejercicio del medio de control inmediato de legalidad, ha podido emitir el Consejo de Estado respecto de los actos demandados?»

**Tesis 1:** «[...] la sentencia que decide el medio de control inmediato de legalidad tiene el carácter de cosa juzgada, sin embargo, si la decisión consiste en declarar la legalidad del acto, sus efectos son relativos porque, debido al carácter oficioso de aquel mecanismo, no implica el análisis de todos los posibles motivos de contradicción del acto objeto de estudio. Esta característica es la que permite que, con posterioridad, el mismo acto sea demandado por cualquier persona en ejercicio de los medios ordinarios como la nulidad simple, con la salvedad de que los reproches deben versar sobre cuestiones distintas a las que se analizaron en el control inmediato. Como es apenas lógico, en estos casos la configuración de la cosa juzgada excluye en estricto sentido la identidad de causa petendi porque, al tratarse de un medio de control que opera de forma automática por ministerio de la ley, en el control inmediato de legalidad no habrá demanda. De allí que la identidad que debe predicarse de cara al análisis de la cosa juzgada opera entre aquellas normas y aspectos que hayan sido sometidos a estudio en el fallo que resolvió el control inmediato de legalidad y la causa petendi propios del proceso de nulidad simple [...] en los diferentes controles inmediatos de legalidad que se adelantaron respecto de los actos que son hoy objeto de demanda, la única providencia que eventualmente podría dar paso a la configuración de la cosa juzgada sería la sentencia del 17 de febrero de 2021, en la que se estudió y declaró la validez de la Resolución 004 del 8 de mayo de 2020, por lo que, en relación con esta última, ambos procesos tienen identidad de objeto [...] Ahora, aunque el asunto de la competencia en la expedición de la Resolución 004 de 8 de mayo de 2020 sí fue abordado en dicha sentencia, lo cierto es que el motivo de reproche de los hoy demandantes en torno a aquel presupuesto se afincan directamente en la Instrucción S-2020-/INSGE-ASJUR-38.10 del 25 de mayo de 2020 pues, de los acusados, es el único acto que se expidió antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020. Luego, la nulidad de las resoluciones demandadas la predicen solo como una consecuencia de la presunta ilegalidad en que habría incurrido dicha instrucción, al considerar que conforman un único acto. Como esta problemática fue ajena al desarrollo que se realizó en la sentencia de 17 de febrero de 2021 proferida en el control inmediato de legalidad de la Resolución 004 de 8 de mayo de 2020, no es plausible concluir que, frente a esa temática, hay identidad entre el fallo y la causa petendi de la demanda de nulidad simple que se formuló en este proceso [...]

## COMPETENCIA COMO CRITERIO DE VALIDEZ NORMATIVA / DECRETO DECLARATIVO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

*Problema jurídico 2:* «¿Se configura la causal de nulidad de falta de competencia respecto de la Instrucción No. S-2020-/INSGE-ASJUR-38.10 del 25 de mayo de 2020 toda vez que, para esa fecha, no

*existía fundamento jurídico que permitiera suspender los términos de las actuaciones administrativas? De ser así, ¿ese vicio afectaría la validez de los demás actos demandados?»*

Tesis 2: «[...] la Sala considera que la medida dispuesta en la instrucción objeto de estudio, desarrolló y tenía sustento en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, sin que fuera estrictamente necesario esperar a que el Gobierno Nacional dictara otra norma para disponer la suspensión de términos en los procesos disciplinarios. Lo anterior bajo el entendido de que la naturaleza del mencionado decreto no solo es la de ser declarativo del estado de excepción, sino que además goza del carácter de un verdadero decreto legislativo en cuanto cumple con la finalidad propia de estos actos, consistente en dar manejo a la situación de crisis y evitar la expansión de sus consecuencias adversas. En tales condiciones es preciso entender que el decreto declarativo del estado de excepción adopta las medidas señaladas en la parte considerativa para conferirles alcance de ley. Tratándose del Decreto Legislativo 417 de 2020, esta característica puede evidenciarse en su artículo 3 en cuanto dispone que el «[...] Gobierno Nacional adoptará mediante decretos legislativos, además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto, todas aquellas medidas adicionales necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos [...]». En armonía con ello, para lo que es objeto de discusión en el presente proceso interesa destacar que, en la parte considerativa de dicha norma, quedó plasmada la siguiente medida [...] «se hace necesario expedir normas de orden legal que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario y se permita incluso la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales [...]».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 9 de junio de 2022, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2021-00419-00 \(2007-2021\)](#)

**2. Se niega la nulidad del Artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947, proferida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca, por medio de la cual se creó un sobresueldo del 20% para los servidores a nivel territorial, en consideración que a la fecha de su expedición, por consagración constitucional, la entidad contaba con competencia para su expedición, pero se precisó que a partir del Acto Legislativo 01 de 1968, que otorgó en forma exclusiva la competencia al legislador para la fijación de la escala salarial se produce el decaimiento del acto administrativo, en consecuencia, no procede su reconocimiento a quienes se vinculen con posterioridad a su expedición.**

*Síntesis del caso: Se consideró que el artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947 desbordó las atribuciones de la Asamblea del Departamento de Cundinamarca, por cuanto a partir de la expedición del Acto Legislativo No 1 de 1968 perdió competencia para fijar sobresueldo, por lo que se solicitó su declaración de nulidad.*

COMPETENCIA PARA LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO EN VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1886/ COMPETENCIA PARA LA FIJACIÓN DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL DEL EMPLEADO PÚBLICO EN VIGENCIA DE



## LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA/EMPLEADO DE ENTIDAD TERRITORIAL / SOBRESUELO / BENEFICARIO DEL SOBRESUELO / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO/ EFECTOS DEL DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO

**Problema jurídico:** *¿Es viable declarar la nulidad del artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947 suscrita por la Asamblea del Departamento de Cundinamarca, a través de la cual fue concedido un beneficio a los empleados y obreros consistente en incrementar el monto salarial en un 20% por haber prestado durante 20 años o más sus servicios al departamento, aun cuando, de acuerdo con los recurrentes, la Constitución Política de 1886 le otorgaba la facultad de crear este tipo de emolumentos?*

**Tesis:** “ De conformidad con el régimen jurídico previsto en el Acto Legislativo 01 de 1968, en la Constitución Política de 1991 y en la Ley 4ª de 1992, analizado en el anterior acápite, se logró concluir que existe una competencia compartida con relación a la fijación de la escala salarial de los empleados públicos, pues, mientras que el Congreso de la República establece los principios y parámetros que debe seguir el Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial, a éste por su parte le compete establecer los toques máximos salariales de los servidores públicos. También se estableció que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales deben implantar la escala de remuneración de los cargos de sus dependencias según la categoría del empleo y, los Gobernadores y Alcaldes, deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias atendiendo las disposiciones que para el efecto profieran las Corporaciones enunciadas, por medio de Ordenanzas y Acuerdos, respectivamente. En tal virtud, resulta evidente que, en principio, el artículo 5 de la Ordenanza 13 de 1947 se encuentra viciado de nulidad por desconocer las normas del orden constitucional, tal y como lo advirtió e *a-quo*, como quiera que la Asamblea del Departamento de Cundinamarca no tenía competencia para fijar prestaciones salariales; sin embargo, la Sala, no puede desconocer que para el momento en que fue proferido el citado acto administrativo, aún no había entrado en vigencia el Acto Legislativo 01 de 1968, el cual fue el que le entregó la competencia al Congreso de la República para regular las normas laborales para los empleados públicos, pues a las Asambleas Departamentales solo se les dejó la función de regular las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo. En otras palabras, para el año de 1947, época en la que fue suscrito el acto acusado, las Asambleas Departamentales contaban con la facultad de crear normas a fin de regular todos los aspectos salariales de los empleados públicos del sector territorial, ya que dicha competencia nació con la expedición del Acto Legislativo 3 de 1910, la cual fue reiterada con el Acto Legislativo 01 de 1945 y, derogada con posterioridad, por medio del Acto Legislativo 01 de 1968 y la Constitución Política de 1991. Por ende, contrario a lo expuesto por el *a-quo*, no es cierto que el artículo 5º de la Ordenanza 13 de 1947 se encuentre viciada de nulidad, dado que, como se vio, para el momento en que fue proferida, las Asambleas Departamentales tenían la competencia de proferir este tipo de actos administrativos de índole salarial. (...)Lo anterior no es óbice para que el Departamento de Cundinamarca examine la aplicación de esta normativa, dado que los empleados públicos que hayan ingresado a la administración con posterioridad a la expedición del Acto Legislativo 01 de 1968 no tienen derecho a que sea aplicada la Ordenanza 13 de 1947 y, por lo mismo puede, mediante el medio de control de nulidad y/o nulidad y restablecimiento del derecho «*depende del caso en concreto*», solicitar a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la anulación de aquellos reconocimientos que se efectuaron con fundamento en este acto administrativo, ya que resulta evidente su derogación tácita por el actualmente competente para fijar el régimen salarial. En efecto, como se puede evidenciar, ha operado el fenómeno del decaimiento respecto de la Ordenanza 13 de 1947, dado que fue tácitamente derogada por el artículo 11 del Acto Legislativo 01 de 1968, concretamente, porque desaparecieron las circunstancias fácticas que determinaron la expedición del acto, en este caso, la desaparición del mundo jurídico de las normas constitucionales que sirvieron de sustento para la expedición del acto acusado

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de 5 de mayo de 2022, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, rad 25000232500020100090902\(5194-2019\)](#)

**3. Se declaró la nulidad del acto que ordenó la reincorporación de una servidora pública a la Agencia Nacional de Tierras -Unidad de Gestión Territorial,**

## como consecuencia de la liquidación de Incoder, por infracción directa de la ley y falsa motivación.

**Síntesis del caso:** Mediante Decreto 2365 del 7 de diciembre de 2015 se suprimió el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER y mediante Decretos 2363 y 2364 ambos de 2015, se crearon la Agencia Nacional de Tierras ANT y la Agencia de Desarrollo Rural ADR, que asumirían las funciones del extinto INCODER. Como consecuencia del proceso liquidatorio se suprimieron 420 empleos del Instituto entre otros, el empleo denominado Profesional Especializado código 2028 grado 14, desempeñado por una funcionaria de carrera administrativa, quien solicitó la reincorporación en un empleo igual o equivalente. Mediante Decreto 420 del 7 de marzo de 2016, se establecieron unas equivalencias de empleos entre la nomenclatura y clasificación de los empleos del extinto INCODER y de los empleos aplicables en la ANT y ADR. La CNCS que determinó que la servidora acreditaba el cumplimiento de los requisitos mínimos para el empleo Gestor Código T1 grado 10 en la ANT con fundamento en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, por encontrar que se trataba de un cargo equivalente y que la diferencia salarial permitida entre los empleos no superaba los dos grados siguientes 08, 09 y 10 pues en este caso no importa dicha diferencia, este acto administrativo fue recurrido siendo confirmado por la segunda resolución acusada.

**ACTO DE REINCORPORACIÓN A LA PLANTA DE PERSONAL / ANULACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / INFRACCIÓN DE LA NORMA EN QUE DEBÍA FUNDARSE / LIQUIDACIÓN DEL INCODER / SUPRESIÓN DEL CARGO PÚBLICO / SUPRESIÓN DEL CARGO DE EMPLEADO DE CARRERA ADMINISTRATIVA / INCORPORACIÓN POR SUPRESIÓN DEL CARGO PÚBLICO / AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS/EQUIVALENCIA DEL CARGO PÚBLICO / INEXISTENCIA DE EMPLEO EQUIVALENTE EN NUEVA PLANTA DE PERSONAL / FALSA MOTIVACIÓN / VULNERACIÓN DE DERECHOS DE CARRERA**

**Problema jurídico:** ¿Los actos administrativos que ordenaron la reincorporación de una funcionaria de carrera, adolecen de las casuales de infracción directa de las normas en que debían fundarse y falsa motivación, al considerar equivalentes o iguales el empleo Gestor código T1 grado 10 de la planta de personal de la Agencia Nacional de Tierras Unidad de Gestión Territorial con el empleo denominado Profesional Especializado código 2028 grado 14 de la planta de personal del extinto Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER.?

**Tesis:** “[...]. el empleo Profesional Especializado 2028 grado 16 del liquidado INCODER, vendría a corresponder al empleo Gestor código T1 grado 10 en la ANT mientras que, según la prueba documental arrimada al expediente, la señora (...) ostentaba derechos de carrera administrativa del empleo Profesional Especializado grado 2028 grado 14 en el extinto INCODER. Por otra parte, a juicio de la Sala, si bien es cierto los actos acusados se apoyaron en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, hecho que per se no configura nulidad por cuanto esta disposición legal en estricto sentido es la que señala los criterios o supuestos para determinar las equivalencias de empleos, lo cierto es que para el caso sub judice, dicha circunstancia estaba supeditada en todo caso a la aplicación preferente de las equivalencias previstas en el Decreto 420 de 2016 que como su nombre lo indica, reguló las equivalencias en los empleos para esta Agencia y la ADR. Aunado a lo anterior, resulta necesario tener presente también que en la parte considerativa del Decreto 420 de 2016 dispuso la remisión expresa al Decreto 508 de 2012 que como ya se analizó en precedencia, estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos para las agencias estatales de naturaleza especial, legislación que no le es ajena a la ANT, mientras que la CNCS aplicó exclusivamente el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”. Por lo anterior, estima la Sala que le asiste la razón a la parte demandante, al esgrimir que en el presente caso la CNCS debió haber adelantado un proceso de incorporación directa –que como ya se analizó era obligatorio por mandato legal según los decretos 419 y 420 ambos de 2016-, afirmación que es corroborada por esta instancia judicial. En lo que no se está de acuerdo totalmente con la ANT, es en el reproche según el cual la CNCS debió aplicar de manera preferente o especial -casi que restrictiva- el Decreto 420 de 2016 y no la disposición de carácter general como lo es el Decreto 1083 de 2015, por cuanto en estricto sentido dichas

legislaciones son complementarias entre sí, como quiera que los supuestos fácticos y criterios que definen la equivalencia de empleos, se encuentran consignados en el Decreto 1083 mientras que el Decreto 420 se limitó a establecer como tal las equivalencias entre la nomenclatura y clasificación de empleos del INCODER y la nomenclatura y clasificación de empleos aplicable a la ANT y a la ADR. Incluso el Decreto 508 de 2012 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos de las Agencias Estatales de Naturaleza Especial, de las Agencias Nacionales de Defensa Jurídica del Estado y de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, organismos del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones”, no previó como tal una norma que regulara el tema de las equivalencias, razón de más para sostener que en el sub judice se debían tener presente también las previsiones del artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015. Por tanto, para efectuar el análisis de equivalencia de los empleos a comparar, necesariamente se debía recurrir al Decreto 1083 de 2015, cosa distinta es que para el caso de la ex funcionaria del INCODER, debía también la CNSC haber aplicado el Decreto 420 de 2016 de manera preferente y complementaria, partiendo de las pautas generales del Decreto 1083 de 2015. De acuerdo con las anteriores consideraciones, resulta evidente la aplicación indebida de las normas en que debían fundarse los actos administrativos acusados. (...)El Gobierno fijó para la vigencia 2016 la suma de \$3.205. 872 como asignación básica mensual para el cargo Profesional Especializado código 2028 grado 14, mientras que para el empleo Gestor código T1 grado 10, la misma legislación fijó una asignación de \$4.019.424, por tanto, resulta evidente la diferencia salarial de \$813.552 que excedió en más del 25% de la asignación básica que tenía el empleo suprimido, cuando el tope máximo era del 10% que correspondería a \$320.587. Reafirma la asignación básica salarial que percibió la señora (...) en el liquidado INCODER hasta el mes de julio de 2016, el comprobante de pagos obrante en el CD pág. 38. Sin duda alguna, le asiste la razón a la demandante al cuestionar que la anterior situación configuró una vulneración al artículo 125 de la Carta Política, por cuanto la orden impartida en los actos acusados, lo que previó fue un ascenso automático de la funcionaria (...) en los términos en que fue reincorporada a la ANT, ascenso que se encuentra proscrito en el ordenamiento legal por cuanto bien es sabido que la carrera administrativa está fundada en el reconocimiento del principio del mérito, como fundamento principal para el ingreso y el ascenso laboral en las entidades del sector público. De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala encuentra probada la causal de nulidad de falsa motivación en los actos administrativos acusados, al ordenar la reincorporación laboral de la señora (...), para un cargo que no era equivalente al que desempeñaba en el liquidado INCODER.[...]

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de 24 de marzo de 2022, C.P César Palomino Cortés, rad 11001032500020180015300 \(0504-2018\)](#)

#### **4. Se declaró la nulidad del acto administrativo que destituyó a patrullero de la Policía Nacional, por falta de competencia de la Oficina de Control Interno Disciplinario para ejercer la potestad sancionatoria en accidentes de tránsito.**

*Síntesis del caso: La Policía Nacional, en primera y segunda instancias, sancionó con destitución del cargo de patrullero e inhabilidad general por el término de doce (12) años, por conducir un vehículo automotor propiedad de la entidad y, por considerar que pese a tener licencia de tránsito, no tenía la capacitación institucional ni estaba autorizado para ello, además de que actuó con imprudencia, al no respetar las normas de tránsito y por ello lo colisionó. La Policía Nacional lo halló responsable de las faltas gravísimas y graves, a título de dolo y culpa gravísima, respectivamente, previstas en los artículos 34 (numeral 21, letras d y g) de la Ley 1015 de 2006, esto es, respecto de los bienes y equipos de la Policía Nacional, «d) dañarlos, cambiarlos o desguazarlos. [...] g) Conducirlos u operarlos sin el debido permiso o autorización, [...]»; y 35 (numeral 20, letra a) ibidem, «[...] Incurrir en negligencia o actuar con impericia o imprudencia en su manejo, conservación o control.*

**PROCESO DISCIPLINARIO / COMPETENCIA DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA / ACCIDENTE DE TRÁNSITO / RESPONSABILIDAD EN EL ACCIDENTE DE TRÁNSITO / BIEN JURÍDICO TUTELADO / COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD DE TRÁNSITO / AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA / FALTA DISCIPLINARIA / PATRULLERO DE LA POLICÍA NACIONAL / COMPETENCIA DE LA INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA / FUNCIONES DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO**

*Problema jurídico 1: ¿La oficina de control interno disciplinario de la Policía Metropolitana de Popayán carecía de competencia para ejercer la potestad sancionatoria por accidentes de tránsito del que participó el patrullero disciplinado y, en consecuencia, declarar su responsabilidad de la colisión y de los daños ocasionados al vehículo?*

**Tesis:** “En materia de tránsito el bien jurídico tutelado es diferente al concernido en las conductas de los servidores públicos reguladas por el régimen disciplinario. El primero atañe a una actividad de riesgo, como lo es la conducción de automotores, mientras que el segundo, a la moralidad administrativa en el incumplimiento de los deberes. En otras palabras, en asuntos de tránsito existen principios de configuración sancionatorios diferentes, de manera que su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son autónomos, es decir, que la exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y el reproche punitivo por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras, comportan un sistema propio de derecho sancionatorio de tránsito; que es disímil e irreductible respecto del grado de culpabilidad o responsabilidad del régimen disciplinario que rige a los servidores públicos, que, en últimas, es un juicio personal de reproche por la acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.(...) [D]e las conductas imputadas al demandante y las conclusiones a las que arribó la oficina de control disciplinario de la policía metropolitana de Popayán, confirmada en segunda instancia, se observa que esta asumió las competencias de las autoridades de tránsito, al deducir, además, sin los elementos de prueba suficientes, como lo destacó el a quo, que el demandante fue el responsable de la colisión y de los daños ocasionados al vehículo. Este análisis le está vedado a la autoridad administrativa disciplinaria, pues esta es función de la autoridad de tránsito. Comoquiera que las autoridades disciplinarias de la Policía Nacional sustentaron la responsabilidad subjetiva del demandante en el daño ocasionado al vehículo y que este a su vez se causó por las presuntas «infracciones de tránsito», la decisión sancionatoria se adoptó sin la experticia acerca de este tipo de contravenciones, las dos versiones de la colisión y la totalidad de pruebas; y, lo más relevante por la ley, sin autorización para asumir la valoración comportamental por el hecho del choque de los vehículos. Así las cosas, el recurso de apelación impetrado por la parte demandada no prospera y, por ende, resulta acertada la decisión del Tribunal, que declaró no probada la configuración de los cargos primero y tercero, imputados al encartado.”

**PROCESO DISCIPLINARIO / DESTITUCIÓN DE MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL / PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN EN PROCESO DISCIPLINARIO / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO / VALORACIÓN INTEGRAL DE LA PRUEBA / EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / ACCIDENTE DE TRÁNSITO CON VEHÍCULO OFICIAL / PATRULLERO DE LA POLICÍA NACIONAL / REGLAMENTO DE POLICÍA**

*Problema jurídico 2: ¿La conducta que motivo sanción de destitución e inhabilidad por 12 años del patrullero de la Policía Nacional consistente en conducir y colisionar una camioneta de esta institución con licencia de conducción, pero sin el certificado de idoneidad regulado por reglamento logístico de la Policía, es ilícita y tiene carácter de gravísima, de no ser así, los actos que sancionadores incurrieron en desproporcionalidad de la sanción, además de falsa motivación y expedición irregular, por no analizar íntegramente las pruebas ni justificar la calificación de la conducta?*

**Tesis 2** “El Código Nacional de Tránsito Terrestre, en su artículo 19, señala los requisitos de idoneidad para el manejo de un vehículo, en este caso una camioneta, los cuales el actor cumplió. De manera que el hecho de exhibir la licencia de conducción, «expedida por autoridad competente y de la categoría correspondiente al vehículo conducido», es suficiente para demostrar que podía conducir la camioneta. Resulta claro que no existe un nexo causal entre la falta del «certificado de idoneidad», que pide la Policía Nacional a sus

miembros para poder conducir un automotor, y la colisión en la que estuvo involucrado el demandante el 24 de abril de 2014. En otras palabras, no por el hecho de que un policial tenga el mencionado certificado de idoneidad se puede inferir que sea exento de estar comprometido en una colisión, sin embargo, la Sala no desconoce el valor y la importancia de los cursos y el entrenamiento que la Policía Nacional otorga a sus integrantes, por ello, al omitirlo se incurre en la comisión de una falta disciplinaria grave, como se indicó. (...) Para la Sala, existe certeza sobre la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado, pues las pruebas practicadas dan claridad acerca de la comisión de la conducta, no obstante, la gravedad de la conducta, en los términos del artículo 142 de la Ley 734 de 2002, no aparece como cierta e indiscutible. Empero, en los actos acusados no se hizo un análisis integral de las evidencias probatorias; es más no se explicó ni justificó con suficiencia por qué se le calificó la conducta como gravísima y a título de dolo, lo que comporta una expedición irregular y por falsa motivación, toda vez que no existen razones suficientes para sancionar al demandante con destitución e inhabilidad por un término de doce (12) años. Como se lee, la sanción impuesta fue producto de la exégesis, por lo que resulta injusta, desproporcionada y arbitraria, pues no tuvo en cuenta que el requisito de idoneidad para manejar un vehículo es la licencia de conducción, que el demandante tenía en su haber, y lo que le faltó fue realizar un trámite interno para cumplir un manual logístico, entendido este último como «4. f. Conjunto de medios y métodos necesarios para llevar a cabo la organización de una empresa o de un servicio, especialmente de distribución». (...) Todo lo anterior demuestra que la conducta irregular enrostrada al accionante tuvo ocurrencia, que constituyó incumplimiento del deber funcional imputado, pero con una equivocada inteligencia de la norma tanto en el pliego de cargos como en las decisiones de primera y segunda instancias, porque imputan una graduación ajena a la realidad. Se insiste, la presunta omisión o desconocimiento del manual logístico corresponde a la descripción típica de carácter grave y no gravísima, como erradamente se le calificó, lo que conlleva declarar la nulidad de los actos acusados, pues, se repite, ninguno de los cargos imputados dentro del procedimiento disciplinario fue demostrado.”

**ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO DE LA POLICÍA NACIONAL /DESTITUCIÓN DE MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL / REINTEGRO AL SERVICIO DE LA POLICÍA NACIONAL / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO\_/ PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES / PAGO DEL SALARIO / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

**Problema jurídico 3:** *¿Procede aplicar la sentencia de la Corte Constitucional SU-556 de 2014, que impone topes al restablecimiento del derecho a los servidores públicos nombrados en provisionalidad que son retirados, al caso particular para indemnizar al Patrullero de la Policía Nacional que fue retirado del servicio como consecuencia de una sanción de destitución, habida cuenta que en esta providencia se declaró la nulidad de los actos sancionatorios?*

**Tesis 3 :** “La Corte señaló, como precedente, que los actos discrecionales de retiro de miembros de la Policía deben ser motivados y que, en estos casos, el juez de lo contencioso-administrativo debía declarar la nulidad del acto administrativo y ordenar el restablecimiento del derecho bajo los lineamientos previstos en la sentencia SU-556 de 2014, esto es, que la «indemnización» para los asuntos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe tener un tope. En otras palabras, esa Corporación, sin carga argumentativa alguna y sin fijar las reglas pertinentes, extendió los denominados «topes indemnizatorios» para los servidores públicos provisionales a los miembros de la fuerza pública, que fueron retirados del servicio activo en ejercicio de la facultad discrecional, y de esta forma limitó su restablecimiento del derecho. Se insiste, no es dable equiparar el retiro discrecional de los miembros de la Policía Nacional con la declaratoria de insubsistencia de los empleados vinculados en provisionalidad, dadas las particularidades del primero, tales como: (i) el ingreso al servicio de los policiales se produce después de superar un curso de formación para tal fin, que incluye variadas pruebas para acreditar su idoneidad, lo cual se relaciona más con un procedimiento meritocrático propio de los empleados de carrera que, con una vinculación provisional; y (ii) los policiales se encuentran sujetos a un régimen especial de carrera, ascenso y retiro del servicio. En ese orden de ideas, acreditada la inexistencia de identidad entre el ingreso a la carrera policial y la vinculación provisional de los empleados públicos, la falta de justificación de la aplicación de la extensión de la limitación de la indemnización mencionada en precedencia a los miembros de la institución policial; y lo inicuo del argumento de pretender que el ciudadano le sea impuesta una carga consistente en responder patrimonialmente a través de la disminución de las sumas derivadas de una condena económica por cualquier dilación procesal en el trámite de su contención que supere los 24 meses autorizados como «indemnización», por la Corte Constitucional (tal como acertadamente lo plantea el salvamento de voto de la magistrada Gloria Stella

Ortiz Delgado de la sentencia de unificación pluricitada), conduce inexorablemente a que la sentencia SU-053 de 2015 en este caso sea inaplicable. Corolario de lo anterior, esta Sala de decisión opta por mantener el precedente de la sala plena, porque estamos ante una decisión del Consejo de Estado que es el tribunal de cierre en materia de lo contencioso-administrativo (...). Lo antes indicado porque el artículo 270 del CPACA prevé como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya dictado el Consejo de Estado por importancia jurídica, trascendencia económica o social, por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, las que decidan los recursos extraordinarios y las que tengan relación con el mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009. Las sentencias de unificación contienen reglas que pasan a integrar el ordenamiento jurídico, porque en su función de interpretación de la ley es de carácter y aplicación obligatoria y vinculante. En el asunto sujeto a examen, se tiene que el uniformado ingresó al escalafón policial el 16 de enero de 2012 (...) y fue retirado del servicio por destitución, sin que se le demostraran los cargos disciplinarios imputados, por ende, resulta procedente, en materia de restablecimiento del derecho, ordenar su reintegro y el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta el efectivo reintegro, y también se ordenará que las sumas reconocidas sean indexadas, para que las cosas vuelvan a su estado anterior.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de abril de 2022, C.P Carmelo Perdomo Cuéter, rad 19001-23-33-000-2015-00437-01 \(1098-2020\)](#)

## **5. Pago de salarios y prestaciones sociales a los beneficiarios de los servidores públicos víctimas de desaparición forzada. La obligación de pago de la remuneración a que tienen derecho el trabajador desaparecido se extiende hasta tanto se produzca la libertad, se compruebe la muerte, o se declare la muerte presunta.**

*Síntesis del caso:* La accionante, actuando por conducto de apoderada y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo demandó al Departamento del Caquetá, con el fin de obtener la nulidad del Oficio 007399 del 8 de septiembre de 2016, suscrito por el asesor jurídico del despacho del gobernador del departamento del Caquetá, a través del cual se le fue negada su solicitud de «declaración de que (sic) el señor (...) (sic) laboraba al servicio del Departamento como Secretario de la Inspección de Policía de El Recreo de los Llanos del Yarí, Caquetá, para el 6 de octubre de 1990», así como el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales causados desde el 1.º de enero de 1990 hasta el momento de su aparición o la declaración de su muerte presunta.

**PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS VÍCTIMAS DE DESAPARICIÓN FORZADA A SUS BENEFICIARIOS / APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DE LA LEY 986 DE 2005 / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA LEY 986 DE 2005 / CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE SOBRE INVESTIGACIÓN O PROCESO JUDICIAL POR EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA / PROCESO DE DECLARACIÓN DE AUSENCIA / NOMBRAMIENTO DE UN CURADOR PROVISIONAL O DEFINITIVO DE LOS BIENES DE LA VÍCTIMA / INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO DE BENEFICIARIOS DEL SISTEMA**

*Problema jurídico 1:* «¿La demandante tiene o no derecho, al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales adeudados por el departamento del Caquetá al señor (...) por su desaparición

*ocurrida en el mes de octubre de 1990 y a quien, a través de sentencia de 11 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia se le declaró ausente por desaparecimiento?»*

**Tesis 1:** «[...] Las pruebas recaudadas reseñadas de manera detallada en el acápite precedente no dejan duda a la Sala que en este caso se configuran los supuestos establecidos en la Ley 986 de 2005 para acceder a la aplicación de las herramientas de protección a las familias de las víctimas del delito de desaparición forzada, en particular la señalada en el artículo 15, referida al pago de salarios y prestaciones sociales del desaparecido a cargo del Departamento del Caquetá [...] frente a la legitimación por pasiva del Departamento del Caquetá, debe decirse que se probó que el señor López Velasco se desempeñaba como secretario de la Inspección de Policía «El Recreo» dependiente del departamento del Caquetá desde el año de 1988 y qué ocurrió su desaparición en el mes de octubre de 1990 cuando aún se encontraba laborando para dicha entidad territorial. [...] la Ley 986 de 2005, en su artículo 27 estableció que los instrumentos de protección consagrados en ella serán aplicables a los secuestrados que al momento de su entrada en vigor se encuentren aún en cautiverio, así como a quienes sean secuestrados a partir de esa fecha. [...] pese a que la desaparición del señor (...) ocurrió en el mes de octubre de 1990, las previsiones normativas de la Ley 986 de 2005 son pasibles de ser aplicadas a su caso (...) previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma, ninguno de los cuales requiere que se haya declarado judicialmente la ocurrencia de la desaparición forzada como erróneamente lo señala el apoderado del ente territorial demandado [...] Para activar el sistema de instrumentos de protección de la Ley 986 de 2005 el interesado debe: 3.5.3.1. Obtener una certificación expedida por la autoridad judicial competente que investiga o que tiene el conocimiento del caso, en la que conste que se encuentra en curso una investigación o un proceso judicial por el delito de desaparición forzada, la cual se expide a solicitud de cualquiera de los legitimados para adquirir la condición de curador provisional o definitivo de bienes. [...] el artículo 5.º la Ley 986 de 2005 dispone que, para acceder a los beneficios allí consagrados, la certificación judicial «tendrá una vigencia de tres (3) meses. El interesado deberá solicitar su renovación periódica a efectos de mantener el derecho a acceder a los instrumentos de protección previstos en la presente ley». Igualmente, en su artículo 4.º, la norma expresamente dispone que dicho certificado se presente ante el Juez de familia en el proceso de declaración de ausencia, (lo que sucedió en este caso), sin que se exija la presentación de una certificación vigente junto con la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ni su renovación durante el trámite del proceso contencioso administrativo. [...] debe entenderse que la certificación judicial del artículo 5.º es exigible para activar el sistema de protección, como lo dispone el artículo 4º, y una vez obtenida esta certificación se deberá iniciar el proceso de declaración de ausencia ante el Juzgado de Familia competente, con el fin de obtener el nombramiento de un curador provisional o definitivo de los bienes del secuestrado y con ello, acceder a las herramientas de protección establecidas en la Ley 986 de 2005 [...] En este caso, considera la Sala que se satisfizo el requisito en el entendido que fueron presentados en el proceso judicial de declaración de ausencia, y además, en virtud del auto de mejor proveer fue allegada al plenario una nueva certificación, sin que sea dable entender que en el transcurso en el proceso de nulidad y restablecimiento deba presentarse su renovación cada tres meses, toda vez que así no lo exige la norma; esto en aras de la prevalencia del derecho de acceso a la administración de justicia para las familias de las víctimas del delito de desaparición forzada. 3.5.3.2. Debe adelantarse el proceso de declaración de ausencia, con el fin de obtener el nombramiento de un curador provisional o definitivo de los bienes de la víctima. El citado requisito también se encuentra acreditado toda vez que se allegaron los siguientes documentos que dan cuenta de que la demandante fue designada como curadora de los bienes del señor (...) por parte del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia y que se encuentra posesionada como tal [...] 3.5.3.3. Adquirida la condición de curador provisional o definitivo de los bienes de la víctima de desaparición forzada, dicho curador solicitará a la Secretaría Técnica del Conase, o quien haga sus veces, su inscripción en el registro único de beneficiarios del sistema. [...] en este caso se acreditaron los requisitos de acceso a las herramientas de protección establecidas en la Ley 986 de 2005, como acertadamente lo determinó el A quo. [...]»

**PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES A LA FAMILIA VÍCTIMA DE DESAPARICIÓN FORZADA / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD PARA CON EL DESAPARECIDO FORZADAMENTE / RECONOCIMIENTO DE LOS APORTES EN SALUD Y RIESGOS PROFESIONALES / PAGO DE LOS APORTES SISTEMA GENERAL DE PENSIONES**

**Problema jurídico 2:** «¿Cuál es el periodo por el cual debe ordenarse el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales adeudados?»

**Tesis 2:** «[...] el artículo 15 de la Ley 986 de 2005 indicó que «el empleador deberá continuar pagando el salario y prestaciones sociales a que tenga derecho el secuestrado al momento de ocurrencia del secuestro, ajustados de acuerdo con los aumentos legalmente exigibles», pago que se efectuará desde el día en que el trabajador, sea este particular o servidor público, haya sido privado de la libertad y en el caso de servidor público hasta cuando se produzca su libertad, o alguna de las siguientes circunstancias: que se compruebe su muerte o se declare la muerte presunta o el cumplimiento del período constitucional o legal, del cargo. [...] el señor (...) venía desempeñándose como secretario de la Inspección de Policía «El Recreo» del Departamento del Caquetá, según dan cuenta las certificaciones de la Fiscalía General de la Nación, así como la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia, se tiene que su desaparición ocurrió en el mes de octubre de 1990, cuando se encontraba vigente su vinculación laboral con la entidad territorial departamento del Caquetá. [...] como bien lo señaló el Tribunal Administrativo de Caquetá, se tiene que el cargo del demandante no era de periodo constitucional o legal, ni tampoco se ha comprobado su muerte o declarado su muerte presunta, sino que se declaró su ausencia por desaparecimiento. Sin embargo, estimó que solo podía acceder al reconocimiento y pago a favor de (...) de todos los salarios y prestaciones sociales a que hubiera tenido derecho el señor (...) desde el 6 de octubre de «1989» y hasta el 31 de octubre de 1990, esto en razón a la supresión del cargo, en virtud de lo ordenado por la Ordenanza 018 de 1989, según la cual, las Inspecciones de Policía Departamentales pasaron a ser parte de los municipios, con lo que estimó que a partir de noviembre de 1990 el cargo había desaparecido y dicho ente territorial no podía continuar con el pago. [...] No es aceptable desde ningún punto de vista, que el departamento haya omitido el pago del salario del trabajador y las prestaciones adeudadas a la compañera del desaparecido, escudándose en el cambio de naturaleza de la inspección, por cuando el desaparecimiento se produjo cuando éste era un empleado público del departamento y más aún, cuando para la época de los hechos, la señora (...) quedó a cargo de los dos hijos menores de la pareja que, contaban entonces con 5 y 3 años de edad, aproximadamente, quienes según los testimonios recaudados dependían económicamente del señor (...) que luego de su desaparición, vivieron en una situación de extrema pobreza en «un ranchito de piso en tierra». En este sentido debe recordarse que cuando un empleado sea objeto de desaparición forzada, surge para el Estado, como empleador, el deber de continuar con el pago de los salarios u honorarios dado que el principio constitucional de solidaridad también lo vincula, con lo cual, se colige que la fuente jurídica de ese pago ya no es el ejercicio mismo del empleo, sino que radica en los deberes del Estado de proteger la vida y la libertad de las personas residentes en Colombia, así como de solidarizarse con sus servidores cuando afrontan uno de esos delitos catalogados como de lesa humanidad. [...] los instrumentos de protección establecidos por el legislador en la Ley 986 de 2005, se aplican a personas cuya condición de desaparecidas o rehenes se haya configurado con anterioridad al fallo y dichas personas y sus familiares sólo tendrán derecho a aquellos beneficios contemplados en la Ley 986 de 2005 que se causen a partir de la fecha de adopción de esa sentencia. Lo anterior impone colegir, que le asiste derecho a la demandante frente a su pretensión de pago de salarios y prestaciones sociales, empero este reconocimiento sólo podrá ordenarse desde el mes de mayo de 2007 y hasta la ejecutoria de la sentencia de 11 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia -Caquetá-, a través de la cual, en atención al artículo 26 de la Ley 986 de 2005, se declaró «ausente por desaparición forzosa al señor (...). Esto en virtud de que no hay evidencia de la fecha de radicación del proceso para lograr la declaración judicial de muerte presunta del desaparecido y a efectos de no sujetar a la entidad a una obligación «[...] a perpetuidad e irredimible» es decir, sin un límite temporal, ante la evidencia en la lentitud en la investigación del delito por parte de la Fiscalía General de la Nación. [...] no es procedente acceder al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de devengar por el señor (...) «entre el 1.º de enero de 1990 y el día de su desaparición forzada», comoquiera que la fuente jurídica del reconocimiento que acá se ordena surge en virtud de la misma desaparición y de la aplicación de los mecanismos de protección establecidos en la Ley 986 de 2005, por lo que no hace parte del sub lite verificar lo presuntamente dejado de devengar en periodos anteriores al insuceso, mucho más cuando en la demanda se afirma que él viajó a Florencia en octubre de 1990 para reclamar el salario del mes de septiembre y cumplir con sus obligaciones, lo que finalmente sucedió. [...] como en este caso la orden de restablecimiento corresponde al periodo comprendido entre el mes de mayo de 2007 hasta la ejecutoria de la sentencia de 11 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Florencia -Caquetá, no procede el reconocimiento de los aportes en salud y riesgos profesionales dado que se trata de un hecho consumado y no un crédito a favor del servidor. Sin embargo, se ordenará el pago de los aportes que le correspondieren al departamento del Caquetá, como empleador, que deberán ser actualizadas y depositadas al correspondiente Fondo o Caja de Previsión a la cual se encontraba afiliado el señor (...) o aquella entidad que lo sucedió en virtud de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones. De las sumas resultantes a favor de la demandante



deberán descontarse los porcentajes de los aportes en pensión que le hubiere correspondido realizar al señor (...) En este sentido, el tiempo comprendido entre el mes de mayo de 2007 hasta la ejecutoria de la sentencia de 11 de febrero de 2016 deberá tenerse en cuenta para efectos pensionales. [...]»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 04 de agosto de 2022, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 18001-23-33-000-2017-00040-01 \(6605-2019\)](#)

5  
SECCIÓN  
TERCERA



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

**1. Los hospitales demandados deben responder por la muerte de una niña al no darle relevancia a los síntomas presentados y a las características de la lesión, por la omisión de la práctica de exámenes necesarios para determinar si tenía una infección ; por la omisión de advertirle a los parientes sobre la posibilidad de una infección y sus síntomas ; por la demora injustificada en la atención de la menor el día de su muerte con fundamento en el dictamen, al no existir historia clínica del primer día de atención.**

*Síntesis del caso: "Una pequeña niña fue llevada en brazos al hospital el día 27/12/2009 con varios síntomas y manifestaciones clínicas tales como fiebre, malestar general, decaída, con peladura en los labios y dificultad para caminar siempre, toda esta situación pasa desapercibida; lo único que hizo el galeno del hospital de Kennedy fue regañar a la madre por haberla llevado donde sobandero y sobre las manifestaciones clínicas simplemente se limita a ordenar una radiografía de un solo pie para el día siguiente y le manda Naproxeno. Al otro día, cuando la paciente tiene la radiografía, vuelve otra vez al hospital de Kennedy con los mismos síntomas y manifestaciones clínicas y nada se dice de las manifestaciones y comportamiento de la niña por eso el diagnóstico previo a la remisión es esguince de tobillo izquierdo y nada se dice los otros síntomas, es remitida al Hospital San Jorge, donde le diagnosticaron fractura de la epífisis inferior de la tibia, la inmovilizaron con bota de yeso por 4 semanas, y le ordenaron control por ortopedia. Los familiares de la menor le retiraron el yeso debido al llanto de la niña, y al observar unas llagas en el pie la llevaron al Hospital de Kennedy. Ingresó a dicha institución el 1° de enero de 2010. Allí le practicaron exámenes de laboratorio, y aunque los resultados eran normales, la paciente lucía en malas condiciones, por lo que el médico consideró que debía ser remitida al Hospital San Jorge por posible sepsis. En el Hospital San Jorge se diagnosticó «septicemia debida staphylococcus aureus y celulitis de otras partes de los miembros». La paciente ingresó <<en condiciones muy críticas por sepsis severa. En la UCI se le realizaron maniobras de reanimación debido a un segundo paro cardiorrespiratorio, y luego de 45 minutos de reanimación, a las 21:46 horas, se reportó su fallecimiento, por «probable choque séptico secundario a estafilococcemia»."*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD MÉDICA / ACREDITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA / PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA / RESPONSABILIDAD MÉDICA ESTATAL / AUSENCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA / DICTAMEN / APRECIACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / EFICACIA PROBATORIA DEL DICTAMEN PERICIAL / VALORACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / DICTAMEN MÉDICO / DICTAMEN PERICIAL / MUERTE DE MENOR DE EDAD / MUERTE DEL PACIENTE MENOR DE EDAD / MUERTE DEL PACIENTE / ATENCIÓN AL PACIENTE / ATENCIÓN HOSPITALARIA / ATENCIÓN EN SALUD / SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL / OMISIÓN EN LA ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS / DAÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / DEBERES DEL MÉDICO / DIAGNÓSTICO DEL PACIENTE / EXAMEN MÉDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / FALLA DEL SERVICIO HOSPITALARIO / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / INFECCIÓN DEL PACIENTE

**Problema jurídico 1:** *¿Las entidades demandadas deben responder por la muerte de una niña al no darle relevancia a los síntomas presentados y a las características de la lesión, por la omisión de la práctica de exámenes necesarios para determinar si tenía una infección, por la omisión de advertirle a los parientes sobre la posibilidad de una infección y sus síntomas, por la demora injustificada en la atención de la menor el día de su muerte, con fundamento en el dictamen, al no existir historia clínica del primer día de atención?*

**Tesis 1:** "La Sala encuentra razonables las conclusiones del dictamen de parte presentado por las demandantes que confirman las afirmaciones de la demanda de acuerdo con las cuales el fallecimiento de la menor se habría evitado (i) si desde día 27 de diciembre de 2009 se le hubiese dado relevancia a los síntomas que presentaba la niña y a las características de su lesión; (ii) si con base en dichas circunstancias se le hubieran practicado los exámenes necesarios para determinar si tenía una infección y si era procedente enyesarla; (iii) si se le hubiese advertido a los parientes de las posibilidades de que existiera una infección y de los síntomas a los cuales debían prestar atención; (iv) si a la niña se le hubiera prestado el 1° de enero una atención más expedita, conociendo que la infección podía avanzar muy rápidamente, como efectivamente ocurrió. (...) - Está acreditada la idoneidad del perito, como quiera que está demostrada su condición de ortopedista y su experiencia incluso como médico en una de las entidades demandadas (...) Las conclusiones son razonables porque en ellas se tiene en cuenta que no existe historia clínica del primer día de atención de donde pueda deducirse qué tipo de examen o valoración se le hizo a la niña, ni se da cuenta de cuál era su estado los días anteriores. Se tienen en cuenta las anotaciones sobre las lesiones en la piel de la niña que se relacionan con la infección que le causó la muerte. Y en cuanto a la necesidad de una atención urgente, resultan concordantes con el dicho de los médicos acerca del acelerado avance de la infección. (...) Para determinar si la atención del médico que recibió a la niña el 27 de diciembre fue adecuada, y particularmente para que un perito médico pudiera establecer esta circunstancia, era necesario contar con la historia clínica en la que se registrara en qué estado llegó la menor, se establecieran los síntomas que presentaba y los exámenes que se le realizaron. A partir de esta información era que podía determinarse si era adecuado simplemente hacerle una radiografía y ordenarle tomar Naproxeno. El Hospital de Kennedy no allegó la historia clínica para determinar lo anterior. La única prueba de lo que ocurrió ese día es la fórmula médica en la que se ordenó el Naproxeno y la orden de una radiografía, que efectivamente se le hizo y con la cual volvió el día siguiente; y el hecho de que desde ese momento se supo que la niña había sido llevada previamente a un sobandero, pues tal afirmación de la demanda fue confirmada en la contestación. (...) - El hecho de que no se hubiera aportado la historia clínica, ni que conste qué exámenes se le hicieron a la niña ni se indique cuál era el estado general que presentaba, teniendo la obligación de registrar todo lo anterior, es indicativo de que el médico tratante no indagó sobre los síntomas que ella presentaba y de que no hizo un examen de sus condiciones físicas ni del estado que presentaba la lesión: de haberlo hecho, lo habría plasmado en la historia clínica. (...) No es "por lógica", como afirma el médico en su testimonio, que en un proceso judicial debe deducirse que, si lo único que está probado es que el médico le recetó "Naproxeno" y se le mandaron rayos X, "a paciente debió ser previamente valorada"; y mucho menos a partir de allí pueda deducirse que esa era la atención que debía prestársele. Con esa información no se puede practicar un dictamen médico para determinar si el examen y la prescripción del medicamento era lo único que debía hacerse. Y el dictamen tampoco puede realizarse con base en lo que "recuerda" el médico en su testimonio quien afirma: "recuerdo que la paciente consultó en compañía de su mamá por un cuadro clínico si no estoy muy mal de 3 días de evolución por haber sufrido la torsión de un tobillo". Precisamente para esto está prevista la historia clínica: para contar con un documento objetivo que permita establecer exactamente cuál era el cuadro clínico que presentaba la paciente, de qué dieron cuenta los familiares que la trajeron y cómo fue la atención médica que se le brindó. La historia clínica sirve para no depender, en el proceso judicial, de lo que "mal recuerda" el médico que realizó la atención cuando rinde testimonio en el proceso judicial. (...) - Un perito médico tampoco puede dictaminar sobre si era necesario dejar hospitalizada a la menor o dejarla en observación "porque no cumplía los requisitos del protocolo para la hospitalización más la clínica del caso o sintomatología" si no hay ningún registro sobre cuál era la sintomatología que ella presentaba. (...) Para la Sala no son de recibo las explicaciones de los médicos, dirigidas a demostrar que la atención de la niña fue adecuada y que la evolución de su estado tuvo como causa haber llevado a la niña a un sobandero, no haberla traído oportunamente al hospital y no haber informado de sus síntomas. (...) Los testimonios relativos a la atención del 1° de enero de 2010, fecha del fallecimiento de la niña (...) Los testimonios rendidos por los médicos que atendieron la niña ese día, tanto en el Hospital de Kennedy como en el San Jorge, confirman el dictamen pericial de parte en lo relativo a la injustificada demora en la atención de la menor en este día. No obstante estar probado que a la niña la llevaron al primer hospital a las 9:50 de la

mañana, fue remitida al Hospital San Jorge a la 13:00 y efectivamente fue atendida allí a las 15:53 y diagnosticada a las 17:52, es decir, ocho horas después. (...)"

**INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL A FAMILIA DE CRIANZA / NIVELES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL POR MUERTE / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL POR MUERTE / MENOR DE EDAD / MUERTE DE MENOR DE EDAD / MUERTE DEL PACIENTE MENOR DE EDAD / TERCER NIVEL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PERJUICIO MORAL A SOBRINO DE LA VÍCTIMA / FAMILIA DE CRIANZA / MADRE DE CRIANZA / PADRE DE CRIANZA**

**Problema jurídico 2:** *¿Para la indemnización del perjuicio moral a la familia de crianza por la muerte de una niña por responsabilidad médica, debe aplicarse la sentencia de unificación que indica que es por niveles según el parentesco que se presume en algunos casos y en otros debe probarse?*

**Tesis 2:** "La parte demandante la conforman: (...), hermana y madre de crianza de la víctima (...) padre de crianza de la víctima (...) sobrinos de la víctima directa (...) hermanos menores de la víctima directa; y (...) hermanas mayores de la víctima directa. (...) Como quiera que (...), hermanos de la víctima directa adquirieron la mayoría de edad en el transcurso del proceso, el pago de la indemnización se hará a ellos directamente y no a través del curador ad litem –nombrado por la primera instancia por ausencia de los padres-. En relación con el parentesco (hermanos) se reconocerá para cada uno el equivalente a cincuenta (50) SMLMV. (...) Con el registro civil de defunción de la víctima directa está acreditado el vínculo de consanguinidad de (...) como hermanas de la menor (...). De conformidad con los parámetros fijados en sentencia de unificación atinentes al grado de parentesco y la presunción del perjuicio moral aplicable al segundo nivel grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos), la Sala reconocerá a favor de cada una el equivalente a cincuenta (50) SMLMV.(...) La Sala reconocerá a (...) hijos de (padres de crianza), y sobrinas de la víctima directa, atinentes al grado de parentesco y porque testimonialmente está demostrado que los menores convivían con la menor y eran sus compañeritos de juego, para lo cual se aplica el tercer nivel (tíos y sobrinos), la Sala reconocerá a favor de cada uno el equivalente a treinta y cinco (35) SMLMV. Finalmente a (...) , compañero sentimental de (...), se le reconocerá el equivalente a quince (15) SMMLV porque está probada la relación afectiva con la víctima directa. Según prueba testimonial (...) estaba a cargo de la manutención de la familia y de los hermanos menores de (...)"

**COMPAÑÍA DE SEGUROS / LA PREVISORA / COBRO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / EFECTIVIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / EXCEPCIONES DE LA PÓLIZA DE SEGURO / EXIGIBILIDAD DE LA PÓLIZA DE SEGURO / PAGO DE LA PÓLIZA DE SEGURO / PÓLIZA DE SEGURO / VALOR ASEGURADO / LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LA ASEGURADORA**

**Problema jurídico 3:** *¿Debe la compañía de seguros, llamada en garantía, reembolsar lo pagado por las entidades demandadas y aseguradas, por la muerte de la niña en condición de paciente, condena que comprende la indemnización de los perjuicios morales hasta el límite de la cobertura según las pólizas de seguros, sumas que deberán pagarse de manera indexada?*

**Tesis 3:** "La compañía de Seguros (...) La ESE Salud Pereira y el hospital San Jorge de Pereira llamaron en garantía a la Previsora S.A., y el llamamiento fue admitido en la primera instancia. De la revisión de las pólizas se advierte que, en relación con la ESE Salud Pereira, el período cubierto en la póliza 1001671 comprende desde el 21 de septiembre de 2009 hasta el 22 de enero de 2010 y se estableció como límite de cobertura para el pago de perjuicios morales la suma de \$20.000.000 por evento<sup>39</sup> y vigencia, a la cual debe aplicársele el deducible pactado. En cuanto al Hospital San Jorge de Pereira el período cubierto en la póliza 1001527 comprende desde el 31 de enero de 2009 hasta el 31 de enero de 2010 y se estableció como límite de cobertura para el pago de perjuicios morales la suma de \$50.000.000 por evento y vigencia, a la cual debe aplicársele el deducible pactado (...). - La asegura (sic) solicita que se tengan en cuenta las exclusiones cuando el daño lo producen contratistas y subcontratistas del asegurado. De la revisión de las pólizas, la Sala no advierte que se hubiera establecido dicha exclusión. (...). - Por consiguiente, la Sala ordenará a la Previsora S.A reembolsar lo pagado por las entidades demandadas y aseguradas, condena

que comprende la indemnización de los perjuicios morales hasta el límite de la cobertura según las pólizas de seguros No. 1001527 y 1001671. Estas sumas deberán pagarse de manera indexada. La actualización garantiza que el valor de las sumas pagadas sea el mismo que tenían esas sumas en el momento en que se pactaron. Lo anterior, con fundamento en los artículos 1627 y 1649 del Código Civil.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 13 de julio de 2022; C.P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 66001-23-31-000-2010-00222-01 \(46467\)](#)

#### **Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA / DEBIDA FORMA EN LA REDACCIÓN DE LA SENTENCIA / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / PARTE MOTIVADA DE LA SENTENCIA / RATIO DECIDENDI / OBITER DICTA**

*Problema jurídico 1: ¿Las explicaciones que trae la sentencia en la primera parte denominada “consideraciones generales sobre el régimen sustantivo y probatorio aplicado en la sentencia de primera instancia” como afirmaciones generales no constituyen ratio decidendi sino obiter dicta por ser consideraciones teóricas, doctrinales y abstractas que, no son usadas para resolver el caso concreto?*

**Tesis 1:** “Comparto la decisión de confirmar la condena a reparar los perjuicios causados por la muerte negligente de la niña (...). La identificación de las fallas en las que incurrieron las dos entidades de salud que la atendieron fue correcta y bien fundamentada. Sin embargo, antes de analizar el caso concreto, la sentencia incluyó unas consideraciones teóricas, doctrinales y abstractas que, finalmente, no son utilizados de manera alguna para resolver el caso concreto. Se trata de todas las explicaciones dadas en la primera parte, denominada “consideraciones generales sobre el régimen sustantivo y probatorio aplicado en la sentencia de primera instancia” y que se encuentra entre los párrafos 24 al 39. Muchas de las afirmaciones que allí se realizan, entre otras, acerca de las obligaciones médicas, las pruebas de la falla médica y de su valoración y las teorías y formas de identificar la causalidad resultan cuestionables, pero no fueron individualmente discutidas por la Subsección, considerando que, al ser indiferentes frente al caso concreto, no son más que dichos de paso u obiter dicta. Las sentencias judiciales no son disertaciones doctrinales. Asombra el exceso de este tipo de afirmaciones generales, que no constituyen el fundamento de la decisión. Los obiter dicta, sobre todo cuando, como en este caso, se reseñan con un título que pareciera indicar que sí se relacionan con la sentencia de primera instancia, contaminan las sentencias judiciales, afectan la seguridad jurídica y dificultan la comprensión de la decisión, al poner al justiciable en la difícil tarea de diferenciar las razones que fundaron la sentencia, de aquello que se quiso decir no en razón del caso y de su resolución, sino con ocasión de ella – dichos de paso. Ahora bien, me tranquiliza que el resto de la Sala coincidió conmigo en que debe dejarse claro que todo ese capítulo no puede ser considerado como ratio decidendi, parte de la jurisprudencia y, por consiguiente, no podría fundar decisiones futuras, ni contrariar lo que allí se dice constituiría un desconocimiento del precedente jurisprudencial.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 13 de julio de 2022 Aclaración de voto Alberto Montaña Plata, radicación: 66001-23-31-000-2010-00222-01 \(46467\)](#)

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

#### **ACLARACIÓN DE VOTO / SENTENCIA / DEBIDA FORMA EN LA REDACCIÓN DE LA SENTENCIA / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / PARTE MOTIVADA DE LA SENTENCIA / RATIO DECIDENDI / OBITER DICTA / HISTORIA CLÍNICA /**

*Problema jurídico 1: ¿Los obiter dicta que trae la providencia aclarada sobre historia clínica y sobre la valoración probatoria conforme al Código General del Proceso no pueden ser invocados como jurisprudencia al no obtener los votos necesarios para constituir precedente y resultar vinculantes?*

**Tesis 1:** “Comparto la decisión de la referencia que revocó la providencia apelada y en su lugar accedió a las pretensiones de la demanda; sin embargo, discrepo de varios obiter dicta que se incluyeron en la

sentencia y que no tienen la virtualidad de ser invocados como jurisprudencia de la Sala porque no obtuvieron los votos necesarios para constituir precedente y resultar vinculantes: 1) No se comparte el criterio según el cual la elaboración de la historia clínica constituye una obligación de resultado negativa como se lo denomina, pues, se trata de una obligación de medio que debe ser analizada de conformidad con la realidad concreta, esto es, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que componen el caso específico objeto de juzgamiento. 2) No acompaño que se analice el contenido y alcance del artículo 167 del CGP para este caso concreto, pues, todas las pruebas se practicaron con base en el CPC y, por lo tanto, es con base en este estatuto procesal que debieron ser valoradas, de allí que todo el análisis sobre la carga de la prueba en relación con el CGP constituye un obiter dictum frente al caso concreto, más aún si el CGP solo entró en vigencia en la JCA a partir del 1º de enero de 2014. 3) Todo el análisis teórico contenido en los párrafos 34 y siguientes de la sentencia, en relación con los medios de prueba y su configuración a la luz del CGP y el CPACA, constituyen obiter dicta porque estas normativas procesales no son aplicables al caso concreto, dado que los medios de prueba del proceso se decretaron y practicaron con fundamento en las disposiciones del CPC.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 13 de julio de 2022 Aclaración de voto Fredy Ibarra Martínez, radicación: 66001-23-31-000-2010-00222-01 \(46467\)](#)

## **2. La Fiscalía General de la Nación debe responder patrimonialmente por el daño especial ocasionado con la captura de un ciudadano solicitado en extradición, al no haber verificado previamente los requisitos formales de dicha figura de cooperación internacional.**

*Síntesis del caso: “Ciudadano fue capturado por la Fiscalía General de la Nación con fines de extradición de acuerdo con la solicitud que a través de una nota diplomática hizo la Embajada de los Estados Unidos al Ministerio de Relaciones Exteriores, luego de que la Corte del Distrito Sur de la Florida lo requiriera para judicializarlo como responsable del delito de narcotráfico. El ente investigador revocó su captura luego de que el Gobierno de los Estados Unidos mediante otra nota diplomática dirigida a la enunciada cartera ministerial retiró la solicitud de extradición y ordenó al INPEC que le concediera la libertad inmediata.”*

EXTRADICIÓN / CAPTURA CON FINES DE EXTRADICIÓN / REGULACIÓN DE LA EXTRADICIÓN / TRÁMITE DE EXTRADICIÓN / NATURALEZA DE LA EXTRADICIÓN / TRATADOS DE EXTRADICIÓN / DELITOS OBJETO DE EXTRADICIÓN / CAUSALES DE EXTRADICIÓN / ETAPAS DE LA EXTRADICIÓN / DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ORDEN DE CAPTURA / ORDEN DE CAPTURA CON FINES DE EXTRADICIÓN / LEGALIDAD DE LA CAPTURA / REQUISITOS DE EXTRADICIÓN / FORMALIDADES DE LA EXTRADICIÓN / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / CRITERIOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDAD LEGÍTIMA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD /

**FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / CAPTURA CON FINES DE EXTRADICIÓN / SOLICITUD DE EXTRADICIÓN / DAÑO ESPECIAL / DAÑO ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE CARÁCTER OBJETIVO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS CARGAS PÚBLICAS**

*Problema jurídico 1: ¿La Fiscalía debe cooperar internacional y judicialmente con los Estados extranjeros ejecutando la orden de captura en eventos de solicitudes de extradición, previa verificación de sus requisitos formales?*

**Tesis 1:** “[L]a Fiscalía General de la Nación, con independencia de que su actuación fuere legítima, rompió el principio de igualdad de las cargas públicas que debe soportar todo ciudadano en tanto provocó al aquí demandante un daño anormal, desproporcional, especial y grave, pues, en virtud de la solicitud elevada por los Estados Unidos de Norteamérica ordenó la captura del demandante con fines de extradición para luego, ante del desistimiento de dicho país acerca de ese requerimiento, disponer la libertad del señor (...), de manera que no existe ningún título jurídico que pueda justificar la privación de su libertad, por lo que el daño antijurídico alegado debe ser reparado. Esta Sala en casos similares ha considerado que la responsabilidad es atribuible a la Fiscalía General de la Nación por daño especial por ser la entidad que ordena la captura de la persona requerida en extradición pues, si bien es cierto la fiscalía no puede cuestionar la solicitud de captura que eleva el país requirente, esto es, no puede debatir los argumentos o decretar pruebas en relación con la persona de quien se solicita su captura con fines de extradición, no lo es menos que antes de proceder a dictar la resolución de aprehensión en contra de la persona solicitada en extradición debe verificar, de manera formal, que se cumplan con los requisitos establecidos para llevar a cabo la extradición. (...) Entre los Estados Unidos de Norteamérica y Colombia no existe un tratado de extradición, de manera que la petición de extradición para la época de ocurrencia de los hechos -lo mismo que en la actualidad- se rige por la legislación interna y particularmente por la Ley 906 de 2004 contentiva del Código de Procedimiento Penal (artículos 490 a 514) aplicable al caso objeto de análisis, como se dijo en acápites anteriores. (...) Al respecto, como parte del trámite de materialización de la medida el artículo 509 ibidem puntualmente preceptúa que la captura de la persona solicitada en extradición por un Estado extranjero es de competencia de la Fiscalía General de la Nación cuya orden debe ser impartida directamente por la máxima autoridad de ese organismo (...). Sobre el particular debe advertirse que la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del citado artículo 509 de la Ley 906 de 2004 y señaló que la naturaleza de la extradición es la de un “trámite meramente administrativo” complejo porque está a cargo de diversos órganos estatales, entre ellos, judiciales como la fiscalía, los cuales no tienen competencias para adoptar decisiones de naturaleza penal relacionadas con el delito sino para ejecutar las órdenes del Estado requirente, como sucede cuando se solicita la restricción de la libertad personal de un ciudadano. (...) De conformidad con esa directriz jurisprudencial, la Fiscalía General de la Nación es la entidad que ordena la captura con fines de extradición porque así lo prescribe el artículo 509 de la Ley 906 de 2004 y, si bien dicha aprehensión no es una decisión judicial sino que se trata de una actuación de carácter administrativo, no lo es menos que se encuentra en cabeza de la Fiscalía General de la Nación quien, luego de verificar el cumplimiento formal de la petición de extradición coopera internacionalmente y judicialmente (artículos 35 constitucional y 484 y 486 de la Ley 906 de 2004) con el Estado requirente para que este pueda adelantar el proceso judicial en su territorio y de acuerdo con su jurisdicción. ”

**PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ACREDITACIÓN DE LA RELACIÓN AFECTIVA PARA LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / NIVELES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PRESUNCIÓN DE PERJUICIO MORAL / PRUEBA DE PARENTESCO / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / TOPES MÁXIMOS DEL PERJUICIO MORAL**

*Problema jurídico 2: ¿Las reglas de la sentencia de unificación sobre el reconocimiento de perjuicios morales según el grado de parentesco, son de aplicación inmediata?*

**Tesis 2:** “El Consejo de Estado en sentencia de unificación de jurisprudencia del 29 de noviembre de 2021 manifestó que en casos de privación injusta de la libertad los perjuicios morales se infieren para la víctima



directa, su cónyuge, compañero o compañera permanente y sus parientes en primer grado de consanguinidad siempre y cuando acrediten la calidad con la cual concurren al proceso; la sentencia de igual forma señaló que para los demás parientes de la persona que fue objeto de privación debe acreditarse el padecimiento sufrido pues la prueba del parentesco no es un indicio suficiente. De igual forma, en dicha providencia se establecieron unos criterios para el cálculo de la indemnización según el tiempo de privación del afectado directo. (...) Las (...) reglas de la sentencia de unificación son de aplicación inmediata por lo que en observancia de ellas se infiere el perjuicio moral respecto del señor (...) afectado por la privación de su libertad, así como también de su compañera permanente (...), sus progenitores (...), al igual que su hijo (...), presunción que no fue desvirtuada por la parte demandada. (...) [E]n consecuencia se acreditó la existencia del perjuicio en su mayor intensidad y por ello les corresponde como indemnización para cada uno de ellos, el 50% de lo otorgado a la víctima directa.”

**DAÑO AL BUEN NOMBRE / ALCANCE DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / DAÑO INMATERIAL / PERJUICIO INMATERIAL / REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO / MEDIDA DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / FINALIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / MODALIDADES DE MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / DISCULPA PÚBLICA / DISCULPA EN CEREMONIA PRIVADA**

**Problema jurídico 3:** *¿Las disculpas públicas o privadas son una modalidad de medida de reparación del daño no pecuniaria?*

**Tesis 3:** “Con la privación de la libertad se envía un mensaje a la sociedad que existen razones válidas para la detención, esto significa que, según las reglas de la experiencia, una restricción al derecho fundamental de libertad por la supuesta comisión de un hecho punible produce necesariamente una afectación al derecho al buen nombre en el seno de la familia y del círculo social o laboral del afectado, esto es, la sola medida tiene la potencialidad suficiente para generar descrédito, señalamiento o estigmatización y que por ser injusta la privación la víctima no tiene porqué soportar la vulneración a su buen nombre; en este sentido no se podría exigir en general una prueba específica porque dicha afectación se infiere de la privación de la libertad, de allí que en estos casos la reparación del buen nombre puede ser muy relevante para la víctima, incluso más que la indemnización pecuniaria. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en aquellos casos en los que se evidencia que la víctima ha sido ilegal y arbitrariamente privada de su libertad ha ordenado como garantía destinada a restituir el derecho al buen nombre, que se hagan publicaciones en las que se indique que el afectado es ajeno a todos los cargos que se le imputaron. Por encontrarse que existió una incriminación por la cual se le endilgó al señor (...) la comisión de un delito y que por tal razón era requerido en extradición, la Sala evidencia una afectación al buen nombre del demandante que fue referida por los testigos que rindieron declaración en el proceso, además del extracto de una publicación de prensa escrita, de suerte que se torna en una afectación relevante a bienes derechos o derechos convencional y constitucionalmente amparado, (...) por esto la Sala encuentra que una forma adecuada de reparar este perjuicio es a través de la rectificación como medida de reparación no pecuniaria y en tal sentido dispondrá que la Fiscalía General de la Nación exprese disculpas al señor (...) por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto mediante de una misiva dirigida al demandante. Se ordenará, en consecuencia, a la Fiscalía General de la Nación que emita un comunicado en el que se disculpe con la víctima por el perjuicio causado y reconozca que él no era responsable de los delitos endilgados.”

**NOTA DE RELATORÍA:** En relación con el título de imputación aplicable a eventos de privación injusta de la libertad, ver sentencia de la Corte Constitucional, C 037 DE 2018 y SU 072 de 2018, M. P. José Fernando Reyes Cuartas. Sobre el régimen objetivo de responsabilidad de daño especial, ver sentencia del 30 de octubre de 2020, Exp. 51730, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, sentencia del 5 de octubre de 2020, Exp. 52370, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, sentencia del 28 de febrero de 2020, Exp. 50501, C.P. Nicolás Yepes Corrales y sentencia del 13 de septiembre de 1991, Exp. 6453, C.P. Daniel Suárez Hernández. Sobre la tasación del perjuicio moral, ver sentencia de unificación jurisprudencial del 29 de noviembre de 2021, Exp. 46681, C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B: sentencia de 13 de julio de 2022; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 13001-23-31-000-2010-00441-01 \(52393\)](#)

Salvamento de voto. C.P. Alberto Montaña Plata

SALVAMENTO DE VOTO / EXTRADICIÓN / CAPTURA CON FINES DE EXTRADICIÓN / REGULACIÓN DE LA EXTRADICIÓN / TRÁMITE DE EXTRADICIÓN / NATURALEZA DE LA EXTRADICIÓN / TRATADOS DE EXTRADICIÓN / DELITOS OBJETO DE EXTRADICIÓN / CAUSALES DE EXTRADICIÓN / ETAPAS DE LA EXTRADICIÓN / DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL / ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ORDEN DE CAPTURA / ORDEN DE CAPTURA CON FINES DE EXTRADICIÓN / LEGALIDAD DE LA CAPTURA / REQUISITOS DE EXTRADICIÓN / FORMALIDADES DE LA EXTRADICIÓN / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO /

*Problema jurídico: ¿El daño especial por privación de la libertad en eventos de capturas con fines de extradición, causado en virtud del cumplimiento de obligaciones internacionales de cooperación para la lucha contra el delito, es atribuible a la Rama Ejecutiva?*

**Tesis:** [E]l daño antijurídico alegado, consistente en la captura y consiguiente detención provisional con fines de extradición, no se le puede atribuir a la Fiscalía General de la Nación. En el pasado, en observancia de las obligaciones adquiridas por el Estado Colombiano con ocasión del Tratado de Extradición de 1974 suscrito con Estados Unidos o, ahora, con la Ley 906 de 2004 y la normativa de los mecanismos de cooperación internacional en la lucha contra el delito, basta con el conocimiento de la solicitud de extradición del Estado requirente y la verificación de algunos requisitos -más bien de simple trámite, para que la fiscalía ordene la captura de la persona allí individualizada. Lo anterior significa que la fiscalía no debe agotar ningún estudio de fondo sobre dicha solicitud o disponer el inicio de algún procedimiento adicional, con el fin de verificar los hechos y pruebas que sustentan la petición de extradición. La fiscalía no sería la entidad responsable de garantizar tales obligaciones y, por el contrario, si lo sería la Rama ejecutiva (vgr. dentro del trámite de extradición intervienen los Ministerios de Justicia y del Derecho y de Relaciones Exteriores, así como el Presidente de la República, al actuar como Jefe de Estado), en desarrollo de funciones políticas y de gobierno. En consecuencia, no creo que la participación accesorio de la Fiscalía General de la Nación en el trámite de extradición, al haber ordenado solo la materialización de la captura, sea suficiente para atribuirle el daño aquí alegado.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 13 de julio de 2022; C.P. Fredy Ibarra Martínez, radicación: 13001-23-31-000-2010-00441-01 \(52393\) SV Alberto Montaña Plata](#)

### **3. La ocurrencia de la falla en el servicio no es suficiente por sí misma para su declaratoria, pues también se circunscribe a la mínima carga procesal de sustentar debidamente el recurso interpuesto**

**Síntesis del caso:** Se demanda la responsabilidad extracontractual de la Nación-Rama Judicial y del municipio de Ibagué, por los perjuicios causados a la demandante, señora Esperanza Beltrán Ibáñez, al no haberle devuelto el vehículo de su propiedad, el cual había sido inmovilizado por orden del Juzgado 12 Civil Municipal de Ibagué. Una vez dicho despacho judicial ordenó el levantamiento del embargo decretado sobre el bien, no se cumplió la orden de devolución por no haber sido encontrado en el parqueadero en el que fue dejado por la Policía Nacional, al momento de materializar la orden de inmovilización del automotor.

**FALTA DE SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / AUSENCIA DE CARGA ARGUMENTATIVA DE LA IMPUGNACIÓN / INCUMPLIMIENTO DE LAS CARGAS PROCESALES / OMISIÓN DE CARGAS PROCESALES / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

*Problema jurídico 1: ¿Es procedente declarar la responsabilidad estatal por defectuoso funcionamiento de administración de justicia o error judicial por la medida cautelar que se decretó en contra del demandante a pesar que no existe una debida sustentación del recurso de alzada?*

**Tesis 1:** Si bien el escrito de impugnación pretende la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con el fin de que se derogue la condena que le fue impuesta y en su lugar se declare responsable a la otra demandada –municipio de Ibagué–, de su lectura no es posible extraer los motivos con los que pretende quebrar la imputación de responsabilidad, dado que no se ocupa de demostrar por qué considera que la conducta asumida por el Juzgado Doce Civil Municipal de Ibagué se desarrolló conforme a la ley y a la Constitución, a pesar de que levantó una medida cautelar luego de ser impuesta por encontrar que no estaba acorde con un pronunciamiento de constitucionalidad de la Corte Constitucional y explicar el por qué a dicho despacho judicial no le correspondía ejercer la guarda sobre el vehículo que gravó con la medida cautelar, la que finalmente dio lugar a su inmovilización. (...) Se reitera que al examinar el recurso de apelación éste no cumple con la carga de fundamentación que se requiere, en tanto que no presenta reparos frente a los argumentos expuestos en la decisión tomada por el Tribunal Administrativo del Tolima. En desarrollo de lo anterior no encuentra la Sala que la recurrente presentara argumentos que controvertieran o justificaran el motivo por el cual decretó la medida de embargo y secuestro del vehículo de propiedad de la ahora demandante a pesar de que transgredía el pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional en sentencia C- 039 de 2004, ni tampoco explicó el por qué no omitió el cumplimiento de sus deberes de custodia, vigilancia y conservación del bien dejado a su disposición, en este caso, el vehículo contra el cual profirió medida cautelar de embargo y secuestro, ni tampoco justificó por qué a pesar de encontrarse bajo su cuidado fue hallado años después en la ciudad de Pereira. No adujo alguna circunstancia o causa extraña que la relevara de la responsabilidad endilgada, sino que simplemente guardó silencio en relación con los argumentos expuestos por el juez de primera instancia, con lo cual, se reitera que el recurso presentado no fue sustentado. En el mismo sentido se observa que no sustentó la razón por la cual se debe declarar la responsabilidad del municipio de Ibagué o de los propietarios del parqueadero donde fue dejado el vehículo después de que la Policía Nacional diera cumplimiento a la orden de inmovilización proferida por el Juzgado 12 Civil Municipal de Ibagué. (...) En relación con el reconocimiento del perjuicio material en la modalidad de daño emergente, el recurso de apelación no hizo apreciación alguna. Con lo hasta aquí expuesto es claro que, la parte recurrente no cumplió con la carga argumentativa para sustentar la impugnación, en tanto que no expuso los motivos por los cuales no comparte las argumentaciones planteadas por el a quo. En conclusión, ante la ausencia de sustentación suficiente, adecuada o material del recurso de alzada propuesto por la Rama Judicial, parte demandada en el proceso, al simplemente limitarse a expresar sus consideraciones de forma vaga e imprecisa, sin traer a colación argumentos para desvirtuar la presunción de acierto de la decisión adoptada por el Tribunal de primera instancia, esta Subsección deberá confirmar la sentencia de 2 de septiembre de 2014, tal como lo dispondrá en el acápite resolutive de esta providencia.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de agosto de 2022, C. P. María Adriana Marín, radicación 73001-23-33-000-2008-00587-01\(52803\).](#)

**4. Las facultades del juez que conoce del derecho tienen sus límites en el respeto del debido proceso y del derecho de defensa, por tanto, no le es dable modificar la causa del litigio materializada en los hechos de la demanda y, en el caso de la**

## responsabilidad del Estado, en el daño alegado ni en la fuente identificada por el accionante.

**Síntesis del caso:** *“Se demanda a la Nación – Rama Judicial por considerar que, en la Sentencia de tutela T- 735 de 1999, la Corte Constitucional habría incurrido en un error judicial, que ocasionó la remoción del actor del cargo de magistrado en propiedad de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Norte de Santander.”*

DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA / REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO / CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA / CUMPLIMIENTO DE REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / PRECEDENTE CONSTITUCIONAL / PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / ACCIÓN DE TUTELA EN CONCURSO DE MÉRITOS / ACTOS DEL CONCURSO DE MÉRITOS / LISTA DE ELEGIBLES EN EL CONCURSO DE MÉRITOS

**Problema jurídico 1:** *¿La sentencia T 735 de 1999 de la Corte Constitucional incurrió en error judicial por haber declarado su procedencia, pese a existir un medio ordinario de defensa y dar por superado la inmediatez, cuando la acción se ejerció en un período mayor a un año, después de la expedición del acto administrativo que se cuestionaba mediante la acción de tutela?*

**Tesis 1:** “[N]o existe error en la Sentencia T 375 de 1999, al dar por superada la procedencia de la acción. En lo referente al requisito de subsidiariedad, el artículo 86 de la Constitución indicó que la acción de tutela procedería “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Por su parte, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6 indicó que “la existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuento a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. (...) las acciones previstas en lo contencioso administrativo, para ese momento, a pesar de ser idóneas, es decir, de permitir cuestionar la validez del acto administrativo del Consejo Superior de la Judicatura, no eran eficaces; a) No podía desconocerse que la solicitante discutía su derecho dentro de un concurso de méritos perentorio, cuya lista de elegibles tenía un vencimiento y que, en esa medida, se requería de una pronta resolución para garantizar la efectividad de la decisión, rapidez que, en vigencia del Código Contencioso Administrativo, lamentablemente no ofrecía la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. b) Existía un antecedente reciente, en un caso de similares contornos fácticos, en los que la Sala Plena de la Corte Constitucional había fijado postura sobre la procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos y dicho precedente es concordante con lo decidido en la sentencia a la que se le endilga un error. c) La alusión que se hizo de la Sentencia T 256 de 1995, que según el demandante no le era aplicable, no fue la base de la decisión. Debe recordarse que el propio artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 le imponía al juez el deber de analizar la eficacia del medio ordinario judicial en cada caso. Luego, la disposición le otorgaba un amplio margen de interpretación al juez y no puede, entonces, atribuírsele a su razonable conclusión, un error. En todo caso, si bien la Sentencia T 256 de 1995 aludía a un evento en el que se alegaba que la accionante no fue inscrita en el registro de elegibles, lo cierto es que sí mostraba porqué la tutela, en los eventos de concursos, resultaba procedente frente a la falta de eficacia de la que adolecían, en ese entonces, los mecanismos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Finalmente, d) tampoco podía desconocerse que, para la época de los hechos, se encontraba vigente el Decreto 1 de 1984 que, si bien permitía la suspensión de actos administrativos como medida cautelar, la condicionaba a que hubiera una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma y que se probara sumariamente el perjuicio alegado, exigencias que, en la práctica, dificultaban en extremo su declaratoria, en comparación con la rapidez, informalidad y simplicidad de la acción de tutela. ”

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / ACTUACIÓN DEL JUEZ / ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL JUEZ / ATRIBUCIONES DEL JUEZ / COMPETENCIA DEL JUEZ / CONGRUENCIA DEL JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / CRITERIO DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / LÍMITES DE LA DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / EXTRALIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ / AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DERECHO DE DEFENSA / ALCANCE DEL DERECHO DE DEFENSA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ALTERACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / ERROR JURISDICCIONAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / INCONSISTENCIA EN EL NOMBRAMIENTO DEL FUNCIONARIO JUDICIAL / NOMBRAMIENTO DEL FUNCIONARIO JUDICIAL / PRINCIPIO DE JUSTICIA ROGADA / DERECHOS EN CARRERA JUDICIAL / PÉRDIDA DE DERECHOS EN CARRERA JUDICIAL / NOMBRAMIENTO EN LA CARRERA JUDICIAL**

**Problema jurídico 2:** *¿Era dable para el juez encauzar el estudio de responsabilidad bajo un título no señalado en la demanda, con fundamento en el principio iura novit curia?*

**Tesis 2:** “[N]o le era dable al juez estudiar si se configuró un daño diferente (pérdida de los derechos de carrera como juez promiscuo de familia de Arauca) derivado de los actos administrativos que, con omisión del principio constitucional de mérito y de lo previsto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, lo nombraron. Tal determinación no podía ampararse en la regla técnica según la cual el juez conoce el derecho (iura novit curia) ya que, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa, las facultades derivadas de tal regla no permiten que el juez modifique la causa del litigio (causa petendi). (...) [L]a regla técnica el juez conoce el derecho (iura novit curia) rige aquellos procesos en los que no se cuestiona la validez de los actos administrativos, ya que, en dichos asuntos, las cargas que pesan sobre el accionante, así como los poderes oficiosos del juez, se rigen, por el contrario, por la regla de la justicia rogada. En otras palabras, en los procesos como este, de acción de reparación directa, las facultades del juez para decidir el asunto que le fue planteado responden a la regla según la cual el juez conoce el derecho. Así, respecto de los hechos alegados y probados y para fallar las pretensiones de la demanda, el juez goza de la facultad de fundar jurídicamente su decisión a partir de las categorías, fundamentos o razones jurídicas que considere adecuadas a la causa del litigio, independientemente de si fueron expuestas o no por el accionante o si, al realizarlo, este se equivocó. Aunque en ocasiones las demandas incluyan, de manera antitécnica, los títulos de imputación de responsabilidad del Estado o los fundamentos del deber de reparar, en los hechos o en las pretensiones de la demanda, ello no significa que el juez carezca de la facultad razonada de variar tales fundamentos, que no constituyen la causa del litigio, sino la razón de la prosperidad de las pretensiones. Igualmente, debe resaltarse que incluso el nombre dado a los perjuicios, su tipología o categorización es un aspecto jurídico, de construcción jurisprudencial evolutiva, por lo que su encuadramiento, a partir de los hechos expuestos, es un ejercicio jurídico amparado en la regla “el juez conoce el derecho”. Ahora bien, las facultades del juez que conoce el derecho encuentran un límite fundado en el respeto del debido proceso y, particularmente, del derecho de defensa: no es posible modificar la causa del litigio, que se materializa en los hechos de la demanda y, en el caso de la responsabilidad del Estado, en el daño que se alega y la fuente del mismo que identificó el accionante. Se trata de los motivos por los cuales una parte decide demandar, motivos que no puede ser modificados por el juez so pena de violar de manera insuperable el derecho al debido proceso de la parte demandada y la exigencia de congruencia de la sentencia. (...) La modificación de la causa del litigio que indebidamente realizó la primera instancia materializó, para la parte demandada, una vulneración flagrante del derecho al debido proceso. A lo largo del proceso, la Rama Judicial estructuró su defensa en el sentido de demostrar que la sentencia de la Corte Constitucional no contiene errores y que la remoción como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Norte de Santander no le causó un daño antijurídico que deba ser reparado. Luego, resultó sorprendida por la sentencia de primera instancia, al ser condenada por una causa diferente, lo que le impidió ejercer adecuadamente su derecho de defensa y cercenarle la posibilidad de contradicción. Que el juez modifique la causa de la demanda, en este caso, el daño y la fuente del daño, implica desconocer el principio de congruencia.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el error judicial contra providencias de altas cortes, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2022, rad. 52091 y de la Corte Constitucional C 037 de 1996, M. P. Vladimiro

Naranjo Mesa. Acerca de la procedencia de la acción de tutela pese a existir otros medios de defensa judicial, cita: Sentencia de la Corte Constitucional SU 086 de 17 de febrero de 1999. Acerca de la procedencia de la acción de tutela en casos de concurso de méritos consultar sentencia T-256 de 1995. Sentencia acusada de error judicial T-375 de 1999. Acerca del criterio de inmediatez en la acción de tutela, cita: Sentencias de la Corte Constitucional C 590 de 2005, C 543 de 1992, T-328 de 201, SU 407 de 2013, T-1028 de 2010, SU 499 de 2016, T-237 de 2017, SU 961 de 1999 y T 735 de 1999. Acerca del error judicial, cita: Sentencia de la Corte Constitucional C 037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa y respecto del principio iura novit curia, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 1991, rad. N6453. Respecto de la imposibilidad del juez de variar la causa petendi, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013, rad. 26437.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 13 de julio de 2022; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 54001-23-31-000-2001-01915-02 \(55058\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / FUNCIONES DEL JUEZ / DEBERES DEL JUEZ / ALTERACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / INTERPRETACIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA / REPARACIÓN DEL DAÑO / DAÑO / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / FALTA DE CONFIGURACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA / DEBERES DEL JUEZ / ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL JUEZ / ACTUACIÓN DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / ATRIBUCIONES DEL JUEZ / CRITERIO DEL JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / CONGRUENCIA DEL JUEZ / OBLIGACIONES DEL JUEZ / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ / INTERPRETACIÓN DEL JUEZ / MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / FINALIDAD DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / DEBER DE ESTUDIAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA / MODIFICACIÓN DE PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**Problema jurídico:** *¿En aplicación del principio iura novit curia está facultado el Juez para cambiar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado en la acción de reparación directa?*

**Tesis:** Es cierto y no discuto el hecho de que el tribunal estudió un daño que no se reclamó en la demanda, atribuido a una causa distinta y con base en unos hechos distintos. El actor solicitó como daño la remoción de su puesto como magistrado e identificó como fuente un error judicial cometido por la Corte Constitucional en una sentencia de tutela que así lo ordenó. El tribunal reparó los perjuicios derivados, no de este daño, sino de la pérdida del cargo de juez al que renunció el actor para ocupar el de magistrado, daño que para el tribunal tuvo como fuente un nombramiento ilegal que hizo el Consejo Superior de la Judicatura. También es cierto que el tribunal se equivocó al invocar el iura novit curia para justificar el estudio del segundo daño, pues este no permite modificar la causa petendi de la demanda, es decir, lo pedido y el fundamento de hecho de lo pedido. Al reparar un daño diferente al solicitado, el tribunal vulneró el principio de congruencia. (...) [E]l iura novit curia no es una regla técnica, como lo señala la Sala, sino es una expresión o un brocado que recuerda que al juez le corresponde aplicar el derecho y que a la parte le corresponde poner los hechos bajo su consideración. Evoca una división de labores: el juez no puede cambiar lo pedido ni los fundamentos de hecho (la causa petendi), porque estos corresponden al actor, pero sí puede decidir cuáles son las normas de derecho pertinentes para resolver el caso presentado, así sean diferentes a aquellas invocadas en la demanda. (...) [N]o es exacto afirmar, como lo hace la Sala, que en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho no aplique la división de labores que se recuerda con el latinazgo del iura novit curia. Puede suceder, por ejemplo, que en una demanda contra un acto administrativo se invoque como causal de ilegalidad la falta de competencia, pero que la parte actora se equivoque en el artículo o numeral específico que cita para fundar dicha falta. (...) estas consideraciones sobre el iura novit curia en procesos de nulidad son totalmente irrelevantes frente al caso concreto, una acción de reparación directa por error judicial. (...) Tampoco es cierto que el juez pueda, con fundamento en el iura novit curia, cambiar los títulos de imputación de responsabilidad del Estado o los fundamentos del deber de reparar [invocados] en los hechos y pretensiones de la demanda, como lo afirma la Sala.

Puede suceder, por ejemplo, que en la demanda se invoque como fundamento de una pretensión de reparación directa el daño especial causado y el juez de la reparación sería incongruente si estudia dicha demanda con fundamento en una falla del servicio. En este caso hipotético, el juez estaría tomando un hecho nuevo –aquella actuación u omisión constitutiva de falla- para estudiar una demanda que no incluyó ese fundamento fáctico, vulnerando la división de labores que se recuerda con la expresión *iura novit curia*. La Sala Plena del Consejo de Estado ha precisado que el *iura novit curia* no puede invocarse para modificar el régimen de imputación de responsabilidad afirmado en la demanda. Es frente a este régimen de responsabilidad, pero especialmente frente a la situación fáctica que justifica su planteamiento, que la entidad demandada se defiende, solicita pruebas y propone excepciones; cambiarlo vulnera su derecho de defensa y contradicción. (...) No era necesario hacer consideraciones sobre la naturaleza del *iura novit curia*, su alcance en otras acciones (como la de nulidad y restablecimiento del derecho) o frente a los títulos de imputación de responsabilidad. Estos puntos se afirman de manera general, pero implican dificultades, problemas y discusiones al momento de resolver, no este caso, sino otros.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 13 de julio de 2022; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 54001-23-31-000-2001-01915-02 \(55058\)AV Martín Bermúdez Muñoz](#)

**Aclaración de voto. C.P. Fredy Ibarra Martínez**

**ACLARACIÓN DE VOTO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / DSÑO DERIVADO DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL / ELEMENTOS DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / TEORÍA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / NORMATIVIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / NORMATIVIDAD DEL ERROR JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL / PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / REGULACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL**

*Problema jurídico: ¿La cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado contenida en el artículo 90 de la Constitución Política exceptúa las actuaciones de las altas cortes como constitutivas de error judicial?*

Tesis: [A]claro 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 13 de julio de 2022; C.P. Alberto Montaña Plata, radicación: 54001-23-31-000-2001-01915-02 \(55058\)AV Fredy Ibarra Martínez](#)

**5. Un contrato suscrito para la exploración y explotación minera adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito, al entregar en concesión un área que superpone con las reservas forestales de la Laguna del Cacique Guatavita y Cuchilla de Peña Blanca y de la Cuenca Alta del Río Bogotá, declaradas con anterioridad a la firma del mentado contrato**

*Síntesis del caso: “La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR- pretende la declaración de nulidad absoluta, por objeto ilícito, del contrato de concesión minera*

*identificado con la placa No. ICQ-083715, celebrado entre el INGEOMINAS y el señor Pedro Araque Pinzón para la explotación de un yacimiento de carbón mineral en los municipios de Sesquilé y Guatavita, Cundinamarca, por desconocimiento de la prohibición prevista en el artículo 34 del Código de Minas, esto es, porque la zona objeto de exploración y explotación minera se superpone con las áreas de reserva forestal de la "Laguna del Cacique de Guatavita y Cuchilla de la Peña Blanca" y de la "Cuenca Alta del Río Bogotá", en las que no se permite el adelantamiento de actividades mineras."*

**CONTRATO DE CONCESIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / NORMATIVIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / ASUNTOS DE NATURALEZA MINERA / ASUNTOS MINEROS / ACTIVIDAD MINERA / OBJETO ILÍCITO / OBJETO ILÍCITO DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / NULIDAD DEL CONTRATO / NULIDAD DEL CONTRATO ESTATAL / ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN / APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL / INAPLICACIÓN DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN**

*Problema jurídico 1: ¿Las disposiciones generales sobre contratos estatales son aplicables a la formulación y trámite de las propuestas de concesión minera, su suscripción, perfeccionamiento, validez, ejecución y terminación?*

**Tesis 1:** "[N]o es viable aplicar la regulación de nulidad contractual que existe en los artículos 44 a 49 de la Ley 80 de 1993. Por el contrario, corresponde aplicar las disposiciones civiles y comerciales sobre nulidad, porque no existe una norma en el Código de Minas que regule las causales de nulidad del contrato y, por ende, es aplicable la remisión del artículo 3 de la Ley 685 de 2001. En ese orden, los artículos 1519 y 1741 del Código Civil, establece los eventos en que un contrato adolece de objeto ilícito por contrariar las normas imperativas vigentes al momento de su celebración."

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES / ASUNTOS MINEROS / ASUNTOS DE NATURALEZA MINERA / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN / CONTRATO DE CONCESIÓN / SUPERPOSICIÓN DE ÁREAS / OBJETO ILÍCITO / OBJETO ILÍCITO DEL CONTRATO ESTATAL / ZONA DE RESERVA FORESTAL / USO DE ZONA DE RESERVA FORESTAL / RESERVA FORESTAL / DECLARACIÓN DE RESERVA FORESTAL / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / PROCEDENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR OBJETO ILÍCITO**

*Problema jurídico 2: ¿El contrato suscrito para la exploración y explotación minera, adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito, al entregar en concesión un área que superpone con las reservas forestales de la Laguna del Cacique Guatavita y Cuchilla de Peña Blanca y de la Cuenca Alta del Río Bogotá, declaradas con anterioridad a la firma del mentado contrato?*

**Tesis 2:** "La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR- pretende la declaración de nulidad absoluta, por objeto ilícito, del contrato de concesión minera (...). Esto, en razón a la superposición parcial existente entre el área otorgada en concesión minera y las correspondientes a la reserva forestal de la "Laguna del Cacique Guatavita y Cuchilla de Peña Blanca" y de la "Cuenca Alta del Río Bogotá", en las que no se pueden desarrollar actividades de exploración y explotación mineras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código de Minas. (...) En el caso sub judice, está acreditado que el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (INDERENA) declaró como área de reserva forestal protectora-productora a la Cuenca Alta del Río Bogotá, a través del Acuerdo No. 0030 del 30 de septiembre de 1976, y la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR-, por medio del Acuerdo No. 004 de 1993, declaró como área de reserva forestal protectora-productora los terrenos que conforman la Cuenca de la Laguna de Guatavita y la Cuchilla de Peña Blanca, que denominó "Reserva Forestal Protectora - Productora Laguna de Guatavita y Cuchilla de Peña Blanca". Además, en las áreas que fueron declaradas como zonas de reserva forestal se estableció la prohibición de realizar actividades económicas, así como la ejecución de trabajos y obras de exploración y explotación mineras. (...) El



INGEOMINAS, en claro desconocimiento de las declaraciones de zonas de reserva forestal referidas, suscribió el contrato de concesión minera (...), negocio jurídico que se superpone con la zona de reserva forestal de la Cuenca Alta del Río Bogotá, en un 71.76%, y con la zona de reserva forestal de la Laguna del Cacique de Guatavita y Cuchilla de Peña Blanca, en un 0.71%, tal como lo certificó el Ministerio de Ambiente y lo acreditan los mapas de superposiciones allegados a la actuación. En ese sentido, el contrato de concesión minera se celebró contra expresa prohibición legal, por lo que adolece de objeto ilícito por contrariar las normas imperativas vigentes al momento de su celebración, tal como lo establecen los artículos 1519 y 1741 del Código Civil. (...) Ahora, si bien el artículo 34 del Código de Minas prevé la posibilidad de que la autoridad minera, previo acto administrativo de la autoridad ambiental que decreta la sustracción del área requerida, autorice que en las zonas de reserva forestal se adelanten actividades mineras en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas de extracción que no afecten los objetivos de la zona de exclusión, resulta claro que en el presente caso no se demostró el cumplimiento del supuesto de hecho previsto en la norma para la procedencia de tal evento. En efecto, la Sala observa que no obra prueba en el plenario del acto administrativo previo a través del cual la autoridad ambiental decretó la sustracción del área requerida para la ejecución de actividades mineras, ni de los métodos y sistemas de extracción autorizados en dicha área, tal como lo expuso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia (...)."

**PRINCIPIO DE LEGALIDAD / ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD / INAPLICACIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY / IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD / ZONA DE RESERVA FORESTAL / DECLARACIÓN DE RESERVA FORESTAL / INCLUSIÓN DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL / RESERVA FORESTAL / REDELIMITACIÓN DE LA ZONA DE RESERVA FORESTAL / MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN**

**Problema jurídico 3:** *¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció el principio de legalidad, al otorgar efectos retroactivos a la Resolución, que realindera la Reserva Forestal Protectora y Productora Cuenca Alta del Río Bogotá?*

**Tesis 3:** “[L]a entidad demandada alega que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desconoció el principio de legalidad al otorgar efectos retroactivos a la Resolución No. 0138 del 31 de enero de 2014 (...). Al punto, la Subsección observa que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible modificó los linderos de la reserva forestal protectora productora de la Cuenca Alta del Río Bogotá, a través de la Resolución No. 0138 del 31 de enero de 2014; no obstante, la prohibición de la realización de actividades mineras en dicha reserva forestal existía desde la expedición del Acuerdo No. 30 de 1976, vigente al momento de celebración del contrato de concesión minera (...), a diferencia de lo sostenido por la Agencia Nacional de Minería, la causal de nulidad absoluta del contrato no se originó con posterioridad a la celebración de dicho negocio jurídico (...).”

**MEDIO DE CONTROL DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES / CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA / DECLARACIÓN DE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA / NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO ILÍCITO / OBJETO ILÍCITO DEL CONTRATO ESTATAL / DERECHO ADQUIRIDO / EXIGIBILIDAD DEL DERECHO ADQUIRIDO / INADMISIBILIDAD DEL DERECHO ADQUIRIDO / IMPROCEDENCIA DEL DERECHO ADQUIRIDO / PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN / ÁREA DE PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE / PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE / PROTECCIÓN DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE / DEBERES DEL ESTADO**

**Problema jurídico 4:** *¿El contrato de concesión para la explotación de recursos naturales no limita la potestad estatal de ejercer control sobre el desarrollo de la actividad, dado que es deber del Estado lograr el uso eficiente de los recursos, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento, de tal forma que no existen derechos adquiridos en el contrato de concesión minera, por aplicación del principio de precaución?*

**Tesis 4:** “En relación con el presunto desconocimiento de los derechos adquiridos del concesionario del contrato de concesión minera (...), la Sala recuerda que la Corte Constitucional ha precisado que el contrato de concesión para la explotación de recursos naturales no limita la potestad estatal de ejercer control sobre el desarrollo de la actividad, dado que es deber del Estado lograr el uso eficiente de los recursos, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento. Al tanto que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que no existen derechos adquiridos en el contrato de concesión minera, por aplicación del principio de precaución. (...) En este sentido, el hecho de que el Estado haya celebrado un contrato de concesión minera con un particular no impide que luego se prohíba la actividad de explotación respectiva, incluso durante la vigencia del contrato ya suscrito, por lo que, con mayor razón, no existen derechos adquiridos en un contrato de concesión que, desde su origen, desconoció las prohibiciones existentes al momento de su celebración.”

**NOTA DE RELATORÍA:** obre el deber del Estado de lograr el uso eficiente de los recursos naturales, su preservación, disponibilidad y aprovechamiento, consultar providencia de la Corte Constitucional, C-443 de 8 de julio de 2009. Acerca de la inexistencia de derechos adquiridos en el contrato de concesión minera, por aplicación del principio de precaución, consultar providencia de 19 de julio de 2018, Exp. 55991, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. En relación con la posibilidad de se prohibir la actividad de explotación minera, incluso durante la vigencia del contrato de concesión, consultar providencia de la Corte Constitucional, C-035 del 8 de febrero de 2016.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 20 de abril de 2022; C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 25000-23-36-000-2013-01580-01\(58707\)](#)

## **6. La caducidad del medio de control de reparación directa cuando se pretende la reparación de los perjuicios causados por el exilio forzado se cuenta desde que el daño cesa, en el caso cuando se les dio asilo en otro país**

**Síntesis del caso:** “La Fiscal Seccional Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos con sede en Bogotá, dependencia donde se le asignó la dirección de la investigación por la masacre ocurrida en enero de ese mismo año en el corregimiento de Chengue, municipio de Ovejas, Sucre, en la que participaron miembros de las autodenominadas Autodefensas Unidas de Colombia. Por diversos motivos relacionados con dicha investigación, renunció a la Fiscalía y salió al exilio obligado hacia Estados Unidos junto a su esposo y sus hijos de 9 y 8 años. En agosto de 2003 les fue concedido el estatus de asilados en Estados Unidos. Se indicó que la familia debió vender la casa y el automóvil de su propiedad para lograr tener un estándar de vida digno durante el exilio, el cual se extendió hasta la fecha de presentación de la demanda, debido a la falta de garantías de seguridad y protección por la impunidad en la que permanecían los agentes del Estado vinculados al proceso penal.”

CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / PROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / DAÑO CONTINUADO / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA / DESPLAZAMIENTO FORZADO / CALIDAD DE VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO / VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR DESPLAZAMIENTO FORZADO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO DE ACCESO A LA

**ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DAÑO / HECHO DAÑOSO / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / ASILO / AMENAZA / AMENAZA DE MUERTE / JUEZ ADMINISTRATIVO / FACULTADES DEL JUEZ ADMINISTRATIVO / SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD POR SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL / PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / TÉRMINO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA / PRESENTACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LA DEMANDA / ASILO POLÍTICO**

*Problema jurídico 1: ¿El término de caducidad del medio de control de reparación directa en casos de desplazamiento forzado por ser un daño continuado se cuenta a partir de la condena de los responsables o desde el momento en el que el daño cesa, es decir, cuando están dadas las condiciones de seguridad para que se produzca el retorno o se logra el restablecimiento al lugar de origen, sin importar, si los afectados proceden o no de conformidad, teniendo en cuenta, que puede suceder que las personas que en un principio se desplazaron, pudieron haberse reasentado o arraigado en otro lugar, lo que posibilita el acceso a la administración de justicia y tiene incidencia en el cómputo del término de caducidad, por lo cual, el juez administrativo debe partir del análisis particular de las circunstancias que rodean el caso concreto, en razón a lo anterior, la presentación de la demanda en el asunto bajo análisis fue extemporánea?*

*Tesis 1: “[R]especto de la forma para computar el plazo de caducidad en los eventos de daño continuado, la jurisprudencia de la Sección ha señalado que el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que si bien aplique la norma legal la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concurra con su origen, todo partiendo del análisis particular de las circunstancias que rodean el caso concreto. (...) El Consejo de Estado ha sostenido que el desplazamiento forzado es un daño continuado, razón por la cual el término de caducidad del medio de control de reparación directa de dos años previsto en la ley solo podrá computarse teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, pues se trata de eventos en que el daño se prolonga en el tiempo y, con ello, la imposibilidad de demandar. (...) Así las cosas, se ha establecido que dicho término se cuenta a partir de la condena de los responsables o desde el momento en el que el daño cesa, es decir, (i) cuando están dadas las condiciones de seguridad para que se produzca el retorno o (ii) se logra el restablecimiento al lugar de origen, independientemente de que los afectados procedan o no de conformidad. (...) No obstante, también puede ocurrir que las personas que inicialmente se desplazaron forzosamente pudieron haberse reasentado o arraigado en otro lugar, lo que posibilita el acceso a la administración de justicia y tiene incidencia en el cómputo del término de caducidad. (...) [L]a jurisprudencia del Consejo de Estado en casos de desplazamiento forzado y exilio (...) han propuesto diversos criterios para la contabilización del término de caducidad del medio de control de reparación directa, dependiendo de las particularidades de cada caso. Así, por ejemplo, en casos en los que se ha alegado la omisión del Estado de brindar protección a los demandantes, quienes por esa razón debieron salir del país y exiliarse en el extranjero ante amenazas y atentados en su contra, la Sección ha computado el término de caducidad desde el momento en que los demandantes tuvieron que abandonar el territorio nacional. Asimismo, se ha señalado, como previamente se refirió, que, en los casos de daño continuado, particularmente de desplazamientos forzados, que el término de caducidad se cuenta a partir de la condena de los responsables o desde que el daño cesa, es decir: (i) cuando se da el retorno o el restablecimiento al lugar de origen o, (ii) cuando están dadas las condiciones de seguridad para que éste se produzca, independientemente de que los afectados procedan o no de conformidad. De igual forma, esta Subsección ha referido como criterio importante para la contabilización del término, el hecho de que las personas que inicialmente se vieron forzadas a desplazarse, se hubieran reasentado o arraigado en otro lugar, situación que les posibilita el acceso a la administración de justicia. De lo anterior se infiere que el cómputo de caducidad en este tipo de situaciones en las que se alega la ocurrencia de un daño continuado como el delito de desplazamiento forzado, el juez administrativo debe partir del análisis particular de las circunstancias que rodean el caso concreto. (...) Con base en estos designios, la Sala considera que el momento a partir del cual se debe contabilizar el término de caducidad previsto en el artículo 164 del C.P.A.C.A., es el 4 de agosto de 2003, momento desde el cual, según se afirma en la misma demanda y en los documentos de prueba allegados, a la señora (...) y a sus dependientes cónyuge e hijos se les otorgó el asilo en Estados Unidos, puesto que desde ese momento los demandantes se reasentaron en ese lugar, hecho que, entre otros, les otorgó la protección internacional que requirieron, con las consiguientes seguridades que ello representaba. (...) Así las cosas, el cómputo de la caducidad de la acción debe iniciar desde la fecha en la que se le otorgó asilo en Estados Unidos a la familia (...) esto es, el 4 de agosto de 2003, momento desde el cual la parte actora estaba en condiciones de acudir a la*

administración de justicia, sin que se hubiera acreditado ninguna excepción para empezar el cómputo de la caducidad desde otra fecha. Por manera que, el término para demandar en ejercicio del medio de control de reparación directa empezó a correr a partir del 5 de agosto de 2003 y venció el 5 de agosto de 2005; pero como la solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 20 de septiembre de 2010 y la demanda el 4 de julio de 2013, es claro que ambas se presentaron cuando el referido plazo legal ya se encontraba ampliamente vencido (...) Por todas las razones expuestas, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo (...) para, en su lugar, declarar la caducidad del medio de control interpuesto.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 20 de mayo de 2022, exp. 67891. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de agosto de 2001, exp. 13772. C.P. Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 22 de noviembre de 2012, exp: 40177. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2022, exp. 67891. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de mayo de 2017, exp: 58017. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; sentencia del 13 de agosto de 2021, exp: 64893, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; Consejo de Estado, Sección Tercera. sentencia de 17 de noviembre de 2019, exp. 38256. C.P. Stella Conto Díaz del Castillo y sentencia del 3 de agosto de 2020. exp. 43340. C.P. Martín Bermúdez Muñoz

**DOCUMENTO / DOCUMENTO EN IDIOMA EXTRANJERO / DOCUMENTO EN IDIOMA EXTRANJERO COMO MEDIO DE PRUEBA / VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO / VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO PÚBLICO OTORGADO EN EL EXTERIOR / PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / DERECHO SUSTANCIAL / PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / PRINCIPIO DE JUSTICIA MATERIAL / ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL / ASILO POLÍTICO / ASILO / CALIDAD DE VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / DESPLAZAMIENTO FORZADO / DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR DESPLAZAMIENTO FORZADO / VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / REFUGIADO / RECONOCIMIENTO DE ESTATUS DE REFUGIADO**

**Problema jurídico 2:** *¿Debe otorgarse valor probatorio a los documentos que se encuentren en idioma extranjero, siempre que cuenten con su traducción oficial, esto con el fin de garantizar las reglas de la sana crítica y no atentar contra el derecho sustancial y la verdad material, como ocurre en el caso concreto, en el cual se allegan comunicaciones por la demandante en aras de garantizar estos principios?*

**Tesis 2:** “Esta Corporación ha dado valor probatorio a este tipo de documentos. Para estos efectos, ha señalado que la regla del artículo 251 del C.G.P. que dispone la necesidad de la traducción oficial para valorar documentos en idioma extranjero debe ser interpretada en conjunto con el artículo 228 de la Constitución Política que da primacía al derecho sustancial y la norma que establece la valoración en conjunto de los medios probatorios de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con el fin de evitar caer en rigorismos que atentan contra el derecho sustancial y la verdad material. Así las cosas, esta Sala valorará dichas comunicaciones allegadas por la propia parte demandante, en aras de garantizar el principio de justicia material.] Sobre el apoyo brindado por la ONG antes referida, se allegaron dos comunicaciones en inglés con fecha del 15 de mayo de 2002 suscritas por (...) en calidad de Director Ejecutivo, dirigidas a una abogada y a “The John Merck Fund”. En la primera de ellas, refiere el apoyo de la organización a la solicitud de asilo político de la señora (...) y su familia, quien, indicó, debió salir del país luego de recibir serias amenazas en el marco de su función como fiscal. En la segunda, puso en conocimiento del Fondo la situación de la (...) y solicitó una subvención de apoyo para los gastos en que habían tenido que incurrir; además indicó que desde la organización estaban intentando conseguir un puesto de trabajo para la señora (...) y su familia en una universidad, que les permitiría trabajar en los Estados Unidos por un período prolongado, tal vez de dos años. (...) El 4 de agosto de 2003, según documento en inglés aportado por los demandantes, el gobierno de Estados Unidos aprobó la solicitud de asilo de la señora (...) el cual cobijaba a sus dependientes su cónyuge y sus dos hijos. En el mentado documento, además se le informó que con dicha condición podía solicitar ciertos beneficios, entre otros, autorizaciones de empleo para ella y sus dependientes.”

NOTA DE RELATORÍA: Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de enero de 2022, exp. 49.24. C.P. Martín Bermúdez Muñoz y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de enero de 2022, exp. 49824. C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

**DESPLAZAMIENTO FORZADO / CALIDAD DE VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / DESPLAZAMIENTO FORZADO INTERNO / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR DESPLAZAMIENTO FORZADO / VÍCTIMA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZADO / ASILO / ASILO POLÍTICO / REFUGIADO / SOLICITUD DE REFUGIADO / SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE ESTATUS DE REFUGIADO / RECONOCIMIENTO DE ESTATUS DE REFUGIADO / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTEO DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

*Problema jurídico 3: ¿Cuándo las personas que han sufrido desplazamiento forzado se han reasentado o arraigado en otro lugar, esto, tiene incidencia en el cómputo del término de caducidad, en la medida en que esta situación les posibilita a las víctimas el acceso a la administración de justicia; lo cual, debe aplicarse al sub iudice, aunque no se trate en estricto sentido de un desplazamiento forzado interno, sino del exilio forzado al que se habría visto sometida la familia de la demandante, por lo que, el daño alegado cesó en el momento en que se les otorgó el asilo en los Estados Unidos, lo que les permitió asentarse en el país que les brindó la protección internacional que requerían, situación que además les habría posibilitado acceder, con la correspondiente ayuda administrativa a la justicia en Colombia?*

**Tesis 3:** “[E]sta Corporación ha establecido que el momento en el que quienes inicialmente se desplazaron forzosamente se han reasentado o arraigado en otro lugar, tiene incidencia en el cómputo del término de caducidad, en la medida en que esta situación les posibilita a las víctimas el acceso a la administración de justicia; estándar que debe aplicarse al sub iudice, aunque no se trate en estricto sentido de un desplazamiento forzado interno, sino del exilio forzado al que se habría visto sometida la familia (...) En este sentido, dentro de las soluciones duraderas que han sido definidas por la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR–, se encuentra la denominada (...) [integración local]. Este término, que podría identificarse con los criterios de reasentamiento o arraigo que han sido traídos por la jurisprudencia de esta Corporación, se refiere a un proceso de integración en la comunidad local que tiene lugar en tres ámbitos. (...) Asimismo, ACNUR ha señalado que la inclusión económica, relacionada con la posibilidad de las personas refugiadas de trabajar y generar ingresos, es una herramienta fundamental para que puedan reconstruir su vida (...) Resulta necesario precisar que los Estados receptores, como en este caso Estados Unidos, al conceder el asilo, se comprometen a proteger a los refugiados contra la devolución, permitiéndoles permanecer en su territorio y proveyéndoles acceso a estándares de trato digno y soluciones duraderas. (...) Por manera que, cuando se le otorgó el asilo a la señora (...) a su esposo (...) y a sus hijos (...) un año después de su llegada a Estados Unidos, cesó la condición de desprotección y desarraigo propiciada por el desplazamiento que originó la activación y concesión del derecho de asilo, en la medida en que se acogieron a la protección internacional de ese otro país y desde ese momento se reasentaron como sujetos de protección y con acceso a los múltiples beneficios que su condición les otorgaba, entre ellos, contar con autorización para trabajar y la posibilidad de acceder a los programas de la Oficina de Reasentamiento de Refugiados. (...) Así las cosas, si bien se reconocen las condiciones particulares que en cuanto al conteo de la caducidad pueden plantear los casos en los que se estudia la responsabilidad del Estado por daños continuados, como son los de desplazamiento forzado en los que es posible considerar la imposibilidad de acceder a la administración de justicia ante las particularidades del exilio, en el presente asunto, el daño alegado cesó en el momento en que se les otorgó a los demandantes el asilo en los Estados Unidos sin que el hecho de que no hubieren retornado al país sino hasta 10 años después, implique que el núcleo familiar (...) hubiere permanecido en condición de desplazamiento forzado hasta la fecha de su regreso, pues las pruebas permiten deducir que se encontraban reasentados en otro territorio que les brindó la correspondiente protección internacional y desde el cual pudieron acceder a la administración de justicia a través de la acción de reparación directa mediante el otorgamiento de un poder a un abogado en el Estado Colombiano (...) [A] raíz del otorgamiento del asilo solicitado por la señora (...) en su favor y el de su esposo e hijos, su núcleo familiar pudo acceder a los beneficios derivados de dicho reconocimiento, lo que les permitió asentarse en el país que les brindó

la protección internacional que requerían, situación que además les habría posibilitado acceder, con la correspondiente ayuda administrativa, a la justicia en Colombia. (...) Por manera que, de acuerdo con los criterios que se han mencionado, la condición de desplazamiento de la familia (...) cesó al asentarse o reubicarse en un territorio en el que, en virtud del otorgamiento de asilo –un año después de su llegada a Estados Unidos-, se les garantizó el acceso a condiciones de vida dignas en cuanto a inclusión legal, económica y social, dentro de un entorno seguro. (...).”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el asunto, ver, Corte Constitucional. Sentencia T-602 de 23 de julio de 2003, exp. T-698846. M.P. Jaime Araujo Rentería

**CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / CONFIGURACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / CONTEO DE LOS TÉRMINOS DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / PROCEDENCIA DE LA CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL / TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / ABOGADO / CONTRATO DE COMPRAVENTA / ESCRITURA PÚBLICA / COPIA DE LA ESCRITURA PÚBLICA / FOLIO DE MATRÍCULA INMOBILIARIA / NEGOCIO JURÍDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ASILO / ASILO POLÍTICO / PRESENTACIÓN EXTEMPORÁNEA DE LA DEMANDA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DERECHO DE ACCIÓN / EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN / ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL / MINISTERIO DEL INTERIOR / FALTA DE PRUEBA / MEDIOS DE PRUEBA / ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / EXCEPCIÓN AL TÉRMINO DE CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA**

**Problema jurídico 4:** *¿El término de caducidad del medio de control de reparación directa no puede inaplicarse porque los demandantes se encuentren en el extranjero, como acontece en este asunto, en cuanto, no se allegó ningún medio de prueba dirigido a demostrar la imposibilidad del acceso material de los actores a la jurisdicción de lo contencioso administrativo?*

**Tesis 4:** “[D]ebe precisarse que el término de caducidad no puede considerarse inaplicable porque los demandantes se encuentren en el extranjero (...). A este respecto, no se demostró que los demandantes no hubiesen podido acudir a una Embajada Colombiana para intentar establecer contacto con un abogado que les permitiera instaurar la acción de reparación directa en Colombia o que estuvieran impedidos para acudir a un consulado en Estados Unidos para el otorgamiento de poderes generales o especiales para ejercer sus derechos legales ante las autoridades públicas colombianas, más aún tenido en cuenta el nivel de preparación profesional de la exfiscal (...). De hecho, y es un asunto que no puede pasarse por alto, según copia de Escritura Pública (...) allegada por los propios demandantes, el (...) el señor (...) padre del señor (...) en nombre y representación de (...) en virtud (...) [del Poder General que le fuera sustituido mediante la Escritura Pública otorgada en la Notaría del Círculo de Cali] celebró contrato de compraventa del inmueble con matrícula inmobiliaria No. 370-32780746 de propiedad de los aquí demandantes (...). Por manera que, aún en la condición de refugiados en el extranjero, los esposos (...) pudieron gestionar la compraventa del inmueble de su propiedad en la ciudad de Cali, obrando a través de su apoderado general, el señor (...) padre del referido y también demandante en este proceso- en el año 2006, tres años después de que les fuera otorgado el asilo político que solicitaron en Estados Unidos. En este sentido, en criterio de la Sala, con base en los mismos fundamentos fácticos que posibilitaron la celebración en su nombre del referido negocio jurídico, los señores (...) pudieron haber otorgado poder para que se demandara la responsabilidad del Estado por los hechos que, según alegan, dieron lugar a su exilio. (...) Por lo tanto, concluir que, como los demandantes abandonaron el país el (...) y sólo regresaron hasta el año 2012 aunque, se reitera, según los poderes otorgados para la presentación de la demanda de reparación directa todavía en 2012 y 2013 estaban residiendo en Estados Unidos, es esa última fecha la única que debe tenerse en cuenta para la contabilización del término de caducidad porque sólo en ese momento cesó el daño, conllevaría a la inoperancia de la caducidad o a que la misma dependa exclusivamente de la liberalidad de los demandantes, de su decisión de regresar o no al país, lo cual genera inseguridad jurídica

y contraría la razón de ser de la figura, en la medida en que como se indicó, los demandantes contaban con protección jurídica en Estados Unidos y, por ende, estaban en la posibilidad de ejercer su derecho de acción desde el mismo momento en que se les otorgó el derecho de asilo. (...) Al respecto también resulta necesario anotar que, en el presente caso, los demandantes se refugiaron en país extranjero con el apoyo del Ministerio del Interior y de la ONG Human Rights Watch, la cual participó activamente solicitando el otorgamiento del asilo a la señora (...) ante el riesgo que corría, razón por la cual además del hecho de que finalmente se les reconociera el asilo, no es posible asumir que los mismos se encontraran en una condición tal que les hiciera imposible constituir apoderado para la oportuna reclamación de la indemnización pretendida. A lo anterior debe sumarse el apoyo brindado por la citada organización para que la familia lograra conseguir un trabajo en el país de asilo, incluso desde mucho antes de que se les concediera dicha protección en agosto de 2003. (...) Aunado a lo anterior, debe decirse que ningún medio de prueba estuvo dirigido a demostrar la imposibilidad del acceso material de los actores a la jurisdicción, más allá de indicar que la (...) [situación de riesgo] le impedía al núcleo familiar (...) regresar a Colombia, por lo que se alegó la configuración de un daño continuado y la inaplicación de las reglas de caducidad. Sin embargo, como se ha dejado asentado, el hecho de que la familia (...) no hubiere retornado al país sino hasta el año 2012, no implica que el daño hubiere permanecido en el tiempo y hubiera sido continuado hasta que tomaron la decisión de regresar, en la medida en que, las circunstancias fácticas del caso permiten concluir que desde la fecha en que se les otorgó el asilo en Estados Unidos, se encontraban reasentados en ese territorio y, por lo menos desde esa fecha podían acceder a la administración de justicia, otorgando un poder para que un abogado, en su representación, demandara al Estado con las pretensiones reparatorias que hoy se estudian. Más aún, si se tiene en cuenta que -como se dijo- los demás demandantes, familiares de (...) su esposo y sus hijos, permanecieron en el país y obraban en su nombre y representación, mediante poder general, para la celebración de otros negocios jurídicos.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de agosto de 2020, exp. 43340. C.P. Martín Bermúdez Muñoz; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 3 de agosto de 2020, exp. 43340. C.P. Martín Bermúdez Muñoz y Consejo de Estado. Salvamento de voto del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, providencia del 26 de julio de 2011. exp. 41037. De igual forma, ver, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de octubre de 2009. M.P. William Namén Vargas. Ref. 05001-3103-009-2001-00263-01.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 15 de julio de 2022; C.P. José Roberto Sáchica Méndez, radicación: 25000-23-36-000-2013-01229-01 \(56855\).](#)

## **7. En eventos de responsabilidad por daño a estudiantes, debe probarse la falla del servicio, esto es, se debe demostrar que el centro educativo ha incumplido su deber de protección y cuidado, es decir, compromete la responsabilidad directa por abstención**

**Síntesis del caso:** “El 26 de octubre de 2005, un estudiante de la Institución Educativa Técnico Industrial Sede Laura Valencia– murió por una “descarga súbita vagal” después de meterse a una piscina en una salida pedagógica. Alegan omisión del deber de vigilancia y custodia, porque las docentes a cargo no impidieron que el niño se metiera a la piscina después de comer.”

**DAÑO / ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD / OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS ALUMNOS / OBLIGACIONES DEL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / POSICIÓN DE GARANTE / DEBER DE CUSTODIA DEL ESTUDIANTE / DAÑO AL ESTUDIANTE EN ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / DAÑO CAUSADO A ESTUDIANTE / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO POR CONDUCTA PUNIBLE**

**/ OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA DE LOS ALUMNOS / CULPA / RESPONSABILIDAD CIVIL / FALLA DEL SERVICIO / COLEGIO / DOCENTE / MUERTE DE MENOR DE EDAD / REGLAMENTO DEL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / RESPONSABILIDAD DEL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / POSICIÓN DE GARANTE / ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO PRIVADO / ESTUDIANTE / EXISTENCIA DE LA FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA DEL SERVICIO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / RESPONSABILIDAD POR FALLA DEL SERVICIO / SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA / SEGURIDAD EN LA PISCINA**

*Problema jurídico 1: ¿En casos de responsabilidad por daños a estudiantes debe probarse la falla del servicio, es decir, tiene que demostrarse que el centro educativo ha incumplido su deber de protección y cuidado, lo cual se presenta en este asunto, puesto que, la institución no protegió, vigiló ni cuidó a los estudiantes menores de edad durante la actividad pedagógica realizada, desencadenándose la muerte de uno de ellos en una piscina, por lo cual se configura una omisión en el deber de vigilancia y custodia?*

**Tesis 1:** “[L]os daños producidos a los estudiantes se gobiernan por las reglas generales del artículo 2341 CC y no por las reglas especiales de la responsabilidad por el hecho de terceros. El fundamento de la responsabilidad por daños a estudiantes es el general basado en la culpa, es decir, el error de conducta como presupuesto esencial de la responsabilidad. De ahí que, en el ámbito de la responsabilidad civil del Estado, en estos eventos debe probarse la falla del servicio, esto es, se debe demostrar que el centro educativo ha incumplido su deber de protección y cuidado, es decir, compromete la responsabilidad directa por abstención. La entidad demandada puede exonerarse si demuestra diligencia y cuidado o que el daño se produjo como consecuencia de una causa extraña, como la fuerza mayor o la culpa de la víctima. (...) [En el caso concreto] [E]l día de la actividad, a las (...) las profesoras llamaron a los alumnos para que tomaran el refrigerio y comieron en los parasoles. En desconocimiento del reglamento y el cronograma elaborado por la misma Institución, unos alumnos se fueron inmediatamente a las piscinas, incluido (...). Las docentes no notaron su ausencia y tampoco supervisaron a los alumnos que estaban en el área de piscinas (...) [e]l estudiante de primero de primaria ingresó solo a la piscina más profunda del centro recreativo, inmediatamente después de comer, sin que las profesoras encargadas de supervisar la actividad notaran su ausencia. Unos alumnos y su acudiente lo encontraron. Las docentes de la Institución Educativa (...) debían garantizar las condiciones necesarias de seguridad en la actividad pedagógica y eran las encargadas de cuidar a los alumnos (art. 2341 CC). Por esa relación de subordinación, debían verificar que cumplieran las normas del centro recreativo y el cronograma establecido por la institución educativa. Según las pruebas, su actuar no fue consecuente con la edad de los estudiantes. Como quedó probado que la Institución Educativa Técnico (...) no protegió, vigiló ni cuidó a los estudiantes menores de edad durante la actividad pedagógica y el menor (...) murió tras ingresar inmediatamente a la piscina sin vigilancia e incumpliendo las normas de seguridad, se acreditó la falla del servicio por omisión del deber de vigilancia y custodia (art. 2341 CC). Por ello, la Sala confirmará la sentencia apelada.”

**TESTIMONIO SOSPECHOSO / DECLARACIÓN DEL TESTIGO SOSPECHOSO / TESTIGO SOSPECHOSO / VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO SOSPECHOSO / FALLA DEL SERVICIO / VÍNCULO DE SUBORDINACIÓN / JUEZ / FACULTADES DEL JUEZ / MENOR DE EDAD / ESTUDIANTE / ALUMNO / OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD / OBLIGACIÓN DE PROTECCIÓN DE LOS ALUMNOS / OBLIGACIONES DEL ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO / OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA DE LOS ALUMNOS / MUERTE DE MENOR DE EDAD / SEGURIDAD EN LA PISCINA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA**

*Problema jurídico 2: ¿Debe el juez apreciar los testimonios sospechosos de acuerdo con las circunstancias de cada caso y no desecharlos de plano, teniendo que analizarlos con mayor rigurosidad?*

**Tesis 2:** “[S]on testigos sospechosos (art. 217 CPC), ya que tienen una relación de subordinación con la demandada y una relación directa con la falla del servicio que alegó la demanda. El artículo 218 CPC dispone que el juez apreciará los testimonios sospechosos de acuerdo con las circunstancias de cada caso y que no se pueden desechar de plano, sino que deben ser analizados con mayor rigurosidad. Las declarantes aceptaron que, aunque recomendaron a los alumnos no ingresar a la piscina después de



comer, los niños estaban dispersos en el centro recreativo y no había una profesora en el área de piscina. Sólo supieron de lo sucedido porque escucharon los gritos de ayuda. Su versión de los hechos es uniforme y no se aprecian inconsistencias o intención de alterar lo ocurrido por su responsabilidad en los hechos. Por el contrario, reconocieron que conocían las recomendaciones, el cronograma y el reglamento interno, pero no vigilaron a los menores de edad que estaban en el área de la piscina. (...) Como el declarante trabajaba en (...) y tenía bajo su cargo la vigilancia de la piscina, también es un testigo sospechoso, según el artículo 217 CPC, pues es dependiente de la entidad demandada y tiene relación directa con la falla del servicio. El dicho de este testigo sospechoso no es un relato libre y espontáneo. Su declaración pretende, más bien, justificar su comportamiento al decir que ejerció correctamente sus funciones y que no incidió en la ocurrencia de los hechos. (...) Sin embargo, según el dicho uniforme de los estudiantes, el acudiente del menor y las profesoras, está acreditado que las personas que estaban en la piscina fueron quienes en primer lugar se percataron de la situación, sacaron al niño y e intentaron reanimarlo.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2011, exp. 20262 [fundamento jurídico 2.3], C.P. Ruth Stella Correa

**PERJUICIO MORAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / MUERTE DE MENOR DE EDAD / PARENTESCO / BENEFICIARIO DEL PERJUICIO MORAL / PAGO DEL PERJUICIO MORAL / DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / DEMOSTRACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / LIQUIDACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MORAL / ACUMULACIÓN DE PERJUICIOS MORALES / CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / PROCEDENCIA DEL PERJUICIO MORAL / PRESUNCIÓN DEL PERJUICIO MORAL / ENTIDAD ASEGURADORA / MUNICIPIO / RESPONSABILIDAD DEL MUNICIPIO / ACUERDO DE CONCILIACIÓN**

**Problema jurídico 3:** *¿La presunción del perjuicio moral en eventos de muerte, depende del grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa del hecho, por lo cual, se infiere del vínculo parental o marital existente, como ocurre en este asunto?*

**Tesis 3:** “La demanda solicitó 1.000 SMLMV para cada demandante por perjuicios morales. La sentencia de primera instancia reconoció 100 SMLMV para los padres y 50 SMLMV para los hermanos. La Sección Tercera unificó los criterios de indemnización de perjuicios morales en eventos de muerte y trazó unos parámetros de guía para su tasación, de acuerdo con el grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa (...) Cuando se demuestra que el demandante es padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima, el perjuicio moral se infiere del vínculo parental o marital existente entre los demandantes y la persona víctima del hecho. Como está demostrado el parentesco y la decisión del Tribunal se ajustó a los criterios arriba expuestos, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia. Como la parte demandante, (...) y la Aseguradora (...) llegaron a un acuerdo respecto de la condena de primera instancia, se condenará al municipio (...) únicamente al pago del 50% de los valores reconocidos.

**NOTA DE RELATORÍA:** Atinente al tema, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 27709 [fundamento jurídico 4], C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. El Magistrado Ponente no comparte el criterio jurisprudencial adoptado en esa providencia, sin embargo, lo respeta y acoge. Los motivos de la disidencia están en la aclaración de voto a la sentencia del 15 de octubre de 2015, exp. 34952 [fundamento jurídico 2], C.P. Guillermo Sánchez Luque, ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 161 y Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 17 de julio de 1992, exp. 6750 [fundamento jurídico párr. 8 a 23], C.P. Carlos Betancur Jaramillo, ver también en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 181-182. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo, lo respeta y acoge. Los motivos de la disidencia están en la aclaración de voto a la sentencia del 15 de octubre de 2015, exp. 43512 [fundamento jurídico 1], C.P. Guillermo Sánchez Luque.

**REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / DAÑO PSICOLÓGICO / DAÑO A LA SALUD / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / PERJUICIO MORAL / BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / ALTERACIÓN EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA / ALTERACIÓN EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LA PERSONA / NEGACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

**Problema jurídico 4:** *¿Resulta procedente la indemnización de perjuicios ocasionados a bienes jurídicamente tutelados, siempre que tal circunstancia se acredite en el proceso y no se encuentren ni se hayan reconocido en las demás tipologías de perjuicios que establece la jurisprudencia, en razón a lo anterior, debe negarse lo solicitado en el caso concreto, puesto que las declaraciones de las amigas de las víctimas, dan cuenta solo de los daños morales sufridos por los demandantes, que ya fueron reconocidos en esta sentencia?*

**Tesis 4:** “La demanda solicitó el reconocimiento de 1.000 SMLMV para cada demandante por perjuicios fisiológicos, pues la unidad de su núcleo familiar se vio afectada por la pérdida. La sentencia de primera instancia reconoció 100 SMLMV para los padres y 50 SMLMV para los hermanos de la víctima por alteración grave de las condiciones de existencia. En sentencias de unificación se recogieron las clasificaciones conceptuales enmarcadas bajo las denominaciones de (...) [daño a la vida de relación] (...) [alteración a las condiciones de existencia o perjuicios fisiológicos]. La Sala sostuvo que podrían indemnizarse los perjuicios ocasionados a bienes jurídicamente tutelados, siempre que tal circunstancia se acreditara en el proceso y no se enmarcaran en las demás tipologías de perjuicios reconocidas por la jurisprudencia. Como las declaraciones de (...) amigas de las víctimas, dan cuenta únicamente de los perjuicios morales sufridos por los demandantes, que ya fueron reconocidos en esta sentencia, pero no acreditan la afectación de otros bienes jurídicamente tutelados que amerite reparación, estos perjuicios no serán reconocidos.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 [fundamento jurídico 7.4] y 38222 [fundamento jurídico 4.3], C.P. Enrique Gil Botero. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo, lo respeta y lo acoge. Los argumentos de la disidencia están en la aclaración de voto a la sentencia de 15 de octubre de 2015, exp. 34952 [fundamento jurídico 2], C.P. Guillermo Sánchez Luque. Estas sentencias se pueden consultar en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 161 y 211 a 213.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B; sentencia de 29 de julio de 2021; C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 19001-23-31-000-2007-00027-01\(48804\)](#)

## **8. Cuando la obligación que se cobra deviene de un contrato estatal, por regla general, el título ejecutivo tiene el carácter de complejo y, por tal razón, el contrato y todos los demás documentos que conforman el título ejecutivo se deben aportar en original o en copia auténtica.**

**Síntesis del caso:** *La ETB presentó demanda ejecutiva en contra de la Superintendencia de Notariado y Registro con el fin de obtener el pago de unas cuentas de cobro emitidas en el marco de un contrato de prestación de servicios.*

**TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / CONFORMACIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / DOCUMENTOS QUE CONFORMAN EL TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / REQUISITOS DEL TÍTULO EJECUTIVO COMPLEJO / TÍTULO EJECUTIVO CONTRACTUAL / DOCUMENTO AUTÉNTICO / COPIA SIMPLE DE DOCUMENTO**

**Problema jurídico:** *¿El contrato y los demás documentos que conforman el título ejecutivo complejo se deben aportar en original o en copia auténtica?*

**Tesis:** “Como primer aspecto, se advierte que cuando la obligación que se cobra deviene de un contrato estatal, por regla general, el título ejecutivo tiene el carácter de complejo, en la medida en que no se

encuentra conformado solamente por el negocio jurídico, sino también por otros documentos como actas y facturas elaboradas por la Administración y por el contratista, en los que conste la existencia de la obligación a favor de este último y a partir de los cuales sea posible deducir de manera clara y expresa tanto su contenido como su exigibilidad. [...] [E]sta Corporación ha señalado que todos los documentos que constituyan el título ejecutivo deben ser aportados en original o en copia auténtica, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2º del artículo 215 del CPACA, el cual precisa que la valoración de las copias simples no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley. Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual se unificó el criterio de reconocerle valor probatorio a los documentos aportados en copia simple en los procesos ordinarios, salvo en lo que concierne a los procesos ejecutivos, cuyo respectivo título base de recaudo, bien sea simple o complejo, deberá allegarse en original o en copia auténtica.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el valor probatorio de las copias simples, cita: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, rad. 25022, C. P. Enrique Gil Botero. ”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de junio de 2022, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-36-000-2015-01521-01\(56907\).](#)

6  
SECCIÓN  
CUARTA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

**1. Se anulan las cuentas 4165 – servicios sociales y de salud y 4170 – otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales del PUC comercial, incluidas para el cálculo de la primera cuota de la contribución especial de vigilancia a favor de la Superintendencia de Puertos y Transporte del año 2017 por el numeral 2, del aparte 2017, del numeral 3.2.1 del artículo 1 de la Resolución 13004 de 2017, proferida por dicha entidad.**

*Síntesis del caso:* Se estudió la legalidad del numeral 1.2 del artículo 1 de la Resolución 036699 del 1 de agosto de 2016 y del numeral 3.2.1 del artículo 1 de la Resolución 13004 del 19 de abril de 2017, normas mediante las cuales, en su orden, la Superintendencia de Puertos y Transporte determinó la base de liquidación de la contribución especial de vigilancia establecida a su favor por el artículo 36 de la Ley 1753 de 2015, y dispuso los criterios de construcción de la base imputada para calcular dicha contribución respecto de ingresos de vigilados diferentes de puertos privados. La Sala condicionó la legalidad del citado numeral 1.2 del artículo 1 de la Resolución 036699 de 2016, en el entendido de que los ingresos brutos reportados sobre los cuales puede liquidarse la referida contribución especial de vigilancia, son todos aquellos que recibe el vigilado por las actividades relacionadas con el tránsito, transporte, su infraestructura o sus servicios conexos y complementarios, durante el período anual anterior, sin restarle las contribuciones, gastos, costos, tributos, descuentos y deducciones. De otra parte, anuló los códigos 4165 – servicios sociales y de salud y 4170 – otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales del PUC comercial, incluidas para el cálculo de la primera cuota de la contribución del año 2017 por el numeral 2, aparte “Para 2017” del numeral 3.2.1 del artículo 1 de la Resolución 13004 de 2017, porque concluyó su falta de relación funcional directa con el tipo de actividades y servicios de los que legalmente deben provenir los ingresos brutos gravados por la contribución especial en mención.

CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE VIGILANCIA PARA LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE VIGILANCIA PARA LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE – Ingresos brutos recibidos o percibidos por los vigilados durante el año anterior. Deben provenir de las actividades relacionadas con el tránsito, transporte, su infraestructura o sus servicios conexos y complementarios, sin restarles las contribuciones, gastos, costos, tributos, descuentos y deducciones / ADOPCIÓN DE LAS NIIF EN EL SISTEMA CONTABLE COLOMBIANO – Finalidad / ADOPCIÓN DE LAS NIIF EN EL SISTEMA CONTABLE COLOMBIANO - Obligatoriedad / NORMAS TÉCNICAS DE CONTABILIDAD E INFORMACIÓN FINANCIERA - Contenido y alcance / BASE GRAVABLE DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE - Legalidad condicionada del numeral 1.2 del artículo 1 de la Resolución 036699 del 1 de agosto de 2016. Los ingresos brutos reportados sobre los cuales puede liquidarse la contribución especial de vigilancia a favor de la Superintendencia de Transporte son todos los que recibe el vigilado por las actividades relacionadas con el tránsito, transporte, su infraestructura o sus servicios conexos y complementarios, durante el período anual anterior, sin restarle las contribuciones, gastos, costos, tributos, descuentos y deducciones / INGRESOS BRUTOS REPORTADOS PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE VIGILANCIA PARA LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE - Ilegalidad de las cuentas 4165 – servicios sociales y de salud y 4170 – otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales del PUC comercial incluidas en el numeral 2, del aparte 2017, del numeral 3.2.1 del artículo 1 de la Resolución 13004 de 2017

**Problema jurídico:** *¿Se ajustan a la legalidad el numeral 1.2 del artículo 1 de la Resolución 036699 del 1 de agosto de 2016 y el numeral 3.2.1 del artículo 1 de la Resolución 13004 del 19 de abril de 2017, normas mediante las cuales, en su orden, la Superintendencia de Puertos y Transporte determinó la base de liquidación de la contribución especial de vigilancia establecida a su favor por el artículo 36 de la Ley 1753 de 2015, y dispuso los criterios de construcción de la base imputada para calcular dicha contribución respecto de ingresos de vigilados diferentes de puertos privados?*

**Tesis:** “[E]sta Sala ha precisado que el cambio del sistema contable colombiano a las Normas de Información Financiera - NIIF, buscó establecer con transparencia y criterios de comparabilidad los hechos económicos de una empresa, de modo que, más allá de tratarse de un marco contable basado en cuentas, concierne a principios y criterios aplicables a la información financiera; y ha resaltado la necesidad de motivarse la base gravable determinada por las superintendencias para efecto de las contribuciones de vigilancia, en ese caso, a cargo de los prestadores de servicios públicos. El Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015 compiló y racionalizó las normas reglamentarias, expedidas en desarrollo de la Ley 1314 de 2009, en materia de contabilidad, información financiera y aseguramiento de la información, integrando los marcos técnicos normativos para los preparadores de información financiera que conforman los grupos 1, 2 y 3. Considerándose que el artículo 19 [3] del C. Co. obliga a todos los comerciantes llevar la contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales, y que la implementación de las normas técnicas de contabilidad e información financiera en Colombia es de obligatorio cumplimiento, por cuenta de la vigencia de la Ley 1314 de 2009, las entidades vigiladas por la Superintendencia de Puertos y Transporte se encuentran llamadas a acatar todas las disposiciones legales y de técnica contable que las NIIF les implique, pues, como lo establece el artículo 12 de la Ley 1314 de 2009, en ejercicio de sus funciones y competencias constitucionales y legales, las diferentes autoridades con competencia sobre entes privados o públicos deben garantizar que las normas de contabilidad, de información financiera y aseguramiento de la información de quienes participan en un mismo sector económico sean homogéneas, consistentes y comparables. Desde la misma perspectiva de obligatoriedad legal y a la luz de la interpretación por contexto llamada a garantizar un orden sistémico que propenda por el relacionamiento racional entre las diferentes entidades normativas, la Sala encuentra procedente la base de liquidación dispuesta por los actos demandados para calcular la contribución especial que por concepto de vigilancia deben pagar todos los supervisados a la Superintendencia de Puertos y Transporte, en la medida en que responde al supremo deber administrativo de cumplir el ordenamiento jurídico superior, a través de la armonización del artículo 36 de la Ley 1753 de 2015 con las normas técnicas de contabilidad e información financiera adoptadas por Colombia a través de la Ley 1314 de 2009, en el marco de una motivación igualmente técnica, económica y financiera, en la que estudios econométricos determinaron pautas de conveniencia y oportunidad para la formulación de la metodología de cálculo de la contribución, acatando las exigencias de publicidad para la expedición regular del acto. En el caso, esa motivación se encuentra desprovista de elementos contradictorios para demeritar su validez en términos de falta o falsa motivación, sin que el cargo de violación al principio de reserva de ley y consiguiente incompetencia de la demandada, alcance a superar esa falencia, pues además de que no presenta argumentos que rebatan los fundamentos de las resoluciones acusadas de manera concreta y directa, la violación legal que plantea parte de una lectura aislada del tipo de ingresos referidos en segmentos de una misma norma, cuyo alcance -como se ha expuesto- depende de su lectura integral e interpretación sistemática, y en los que no se evidencia una disposición en contra de la regla general establecida en el artículo 36 de la Ley 1753 de 2015 para efectos anulatorios. En efecto, el inciso primero del numeral 1.2 del artículo 1 de la Resolución 036699 del 1 de agosto de 2016 tomó como base de liquidación el total de ingresos reportados por los vigilados en el año inmediatamente anterior, y el inciso segundo advierte que, por regla general, la base corresponde a la sumatoria de los ingresos brutos de los vigilados. Así vista la norma y ya que en el contexto del numeral 1.2. del que no puede apartarse el intérprete, el “reporte” de ingresos al que se alude solo debe entenderse referido al acto de comunicación de los ingresos brutos “recibidos” o “percibidos”, cuyo alcance se analizó párrafos atrás, dicho numeral se encuentra ajustado al parámetro legal de objeto y periodicidad de la contribución especial, según el cual, la base de su liquidación corresponde a los ingresos brutos que “recibe” o “percibe” el supervisado durante el período anual anterior. Ese entendido se refuerza aún más desde la perspectiva de las reglas establecidas en el artículo 31 de la Ley 1819 de 2016 -modificadorio del artículo 32 del ET- que, para efecto del tratamiento tributario del impuesto sobre la renta y complementarios en los contratos de concesión y asociaciones público-privadas que incorporan las etapas de construcción, administración, operación y mantenimiento, consideró el modelo de activo intangible y del principio de independencia y autonomía de las normas tributarias frente a las de contabilidad e información financiera [art. 4 Ley 1314 de 2009]. Sin embargo, al tenor del mismo parámetro del artículo 36 [párrafo 1] de la Ley 1753 de 2015, tales ingresos deben provenir de las actividades relacionadas con el tránsito, transporte, su infraestructura o sus servicios conexos y complementarios, igualmente considerados en apartes anteriores de esta sentencia, sin restarles las contribuciones, gastos, costos, tributos, descuentos y deducciones; en ese sentido, la Sala declarará legal el numeral 1.2. del artículo 1 de la Resolución 036699 de 2016, en el entendido de que los ingresos brutos reportados sobre los cuales puede liquidarse la contribución especial de vigilancia a favor de la Superintendencia de Transporte son todos los que recibe el vigilado por las actividades relacionadas

con el tránsito, transporte, su infraestructura o sus servicios conexos y complementarios, durante el período anual anterior, sin restarle las contribuciones, gastos, costos, tributos, descuentos y deducciones. En lo demás, la Sala no encuentra reparo en el factor de expansión previsto en el inciso segundo del numeral 1.2., correspondiente al PIB nominal desestacionalizado entre el segundo trimestre de t-2 y el segundo trimestre de t-1, de las actividades vigiladas por la Superintendencia de Transporte, calculado por el DANE, porque, además de corresponder a una estimación de ingresos para el año inmediatamente anterior -calculada a partir de los efectivamente “reportados” a dicho ente de vigilancia en el penúltimo año, según sugerencia de los estudios económicos que contrató- lo cierto es que goza de justificación inicial, en la medida en que al momento de pagarse la primera cuota de la contribución, el valor de ingresos no era definitivo, de modo que, al no contarse con los ingresos de t-1, éstos debían determinarse para efecto de aplicar la metodología de cálculo, y para ello se aplicó el factor de expansión señalado que, multiplicado por el valor de los ingresos de t-2, daría como resultado los ingresos esperados de los vigilados en t-1, “y a ese resultado subyace un nivel de confianza del 95% equivalente al límite inferior de la proyección de ingresos calculado en el análisis de robustez, realizado en el estudio económico; para garantizar que la base de liquidación sea lo más cercana a la realidad, reduciendo el riesgo de sobreestimación de ingresos”. Los cargos de nulidad carecen de la argumentación idónea para restarle credibilidad y eficacia a la causa y razón de ser de ese estimativo, como mecanismo técnico financiero que supera el desconocimiento del factor t-1, y no desarrollan contradicción específica sobre la forma de cálculo diseñada para establecer la contribución a pagar en esa circunstancia, ni la aplicación de sus variables y, menos aún, se refieren ni demeritan el estudio económico que soporta ese mecanismo de cálculo. De igual forma, se encuentra legal el numeral 3.2.1. del artículo 1 de la Resolución 13004 de 2017, en cuanto ordena tomar a los vigilados de los grupos 1, 2 y 3 los valores registrados en la cuenta “*ingresos derivados de actividades de transporte, actividades conexas y complementarias*”, como medida de armonización con las normas internacionales NIIF, según datos de la plataforma de información contable y financiera reportada a la Superintendencia por parte de sus entidades vigiladas – VIGIA, antes TAUX, con base en los ingresos brutos recibidos o percibidos por los vigilados durante el año anterior. Así mismo y en el marco jurídico y conceptual de actividades de transporte y servicios conexos y complementarios, abordado en apartes anteriores de esta providencia, se considera que las cuentas 4165 – *servicios sociales y de salud* y 4170 – *otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales* del PUC comercial, incluidas para el cálculo de la primera cuota de la contribución del año 2017 y a las cuales se extiende el concepto de violación, carecen de relación funcional directa con el tipo de actividades y servicios de los que legalmente deben provenir los ingresos brutos gravados por la contribución especial. En consecuencia, la Sala anulará la inclusión de dichas cuentas del numeral 2, del aparte 2017, del numeral 3.2.1. del artículo 1 de la Resolución 13004 de 2017.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 14 de julio de 2022, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2019-00024-00 \(24586\).](#)

**2. Los beneficios derivados del contrato de estabilidad tributaria, como la deducción por inversión en activos fijos reales productivos -que ha sido estabilizada-, proceden sobre las inversiones pactadas en el contrato y las adicionales que se realicen en virtud del mismo, de modo que el beneficio no está limitado al monto total de la inversión indicado en el contrato ni se supedita al cronograma del proyecto de inversión.**

*Síntesis del caso:* Mediante los actos administrativos acusados la DIAN modificó la declaración de renta del año gravable 2013 que presentó la demandante, en el sentido de rechazar parcialmente la deducción por inversión en activos fijos reales productivos que registró e imponerle sanción por inexactitud. Para rechazar la deducción, la DIAN adujo que: i) la inversión sobre la que se liquidó excedió el monto del proyecto acordado en el contrato de estabilidad jurídica y, ii) que no se probó que la mayor inversión estaba amparada en el contrato, como tampoco su aprobación por la autoridad competente ni el pago de la prima adicional. La Sala anuló los referidos actos y declaró en firme la liquidación privada del tributo,

*porque concluyó que procedía la deducción, toda vez que se acreditó que, por causa de una reprogramación de los montos de inversión, que se informó a la autoridad competente - Ministerio de Minas y Energía-, y hacía parte del compromiso total de la inversión respecto de la cual la parte actora había pagado la correspondiente prima, en el año gravable 2013 la contribuyente realizó una mayor inversión a la inicialmente pactada para esa vigencia, pero igualmente amparada en el convenio de estabilidad normativa, sin modificar el monto total de la inversión, circunstancia avalada por la Ley 963 de 2005, que no restringió la operancia del beneficio de estabilización normativa sobre los montos de inversión efectivamente realizados, adicionales a los acordados en los contratos.*

**PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA - Noción y alcance / REQUERIMIENTO ESPECIAL - Contenido y finalidad / INCLUSIÓN DE NUEVOS O MEJORES ARGUMENTOS EN LA DECISIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PARA SUSTENTAR LA MISMA GLOSA DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL Y LA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN – Procedencia / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA POR INCLUSIÓN DE NUEVOS O MEJORES ARGUMENTOS EN LA DECISIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PARA SUSTENTAR LA MISMA GLOSA - Falta de configuración**

**Problema jurídico 1:** *¿Se violó el principio de correspondencia establecido en el artículo 711 del Estatuto Tributario?*

**Tesis 1:** “[L]a Sala inicia por precisar que el principio de correspondencia descrito en el artículo 711 del Estatuto Tributario, exige que la liquidación oficial de revisión debe contraerse a los hechos analizados en el requerimiento especial o en la ampliación de este, pues dicho requerimiento fija por primera vez los puntos de desacuerdo de la Administración, revela los hechos considerados inexactos y cuestiona la presunción de legalidad de la declaración privada. Este principio también debe ser acatado en la resolución que resuelve el recurso de reconsideración, debido a que agota la vía gubernativa y, por lo tanto, debe guardar coherencia con los hechos controvertidos en la actuación administrativa. Al respecto, debe destacarse que esta Sección ha precisado que el principio de correspondencia se hace efectivo cuando los «hechos» reportados en la declaración privada coinciden con las «glosas» del requerimiento especial, la liquidación oficial de revisión y la resolución que resuelve el recurso de reconsideración. Lo que no es óbice para que la administración pueda incluir o mejorar los argumentos en sustento de una glosa propuesta en el requerimiento especial para la correcta determinación del impuesto. Verificado el requerimiento especial y la liquidación oficial de revisión por parte de la Sala, se constató que la DIAN le glosó a la actora el rechazo parcial de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos llevada a la declaración de renta del año gravable 2013, porque la inversión sobre la que esta se liquidó excedió el monto del proyecto acordado en el contrato de estabilidad jurídica. Sin embargo, esto no impedía que en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, la autoridad tributaria adicionara argumentos o razones que mejoraran el sustento del rechazo, como ocurrió con el incumplimiento de los requisitos del contrato de estabilidad jurídica (pago de la prima y aprobación del competente de la mayor inversión) y la falta de prueba de que la inversión adicional se amparó en ese mismo contrato, pues, en definitiva, todo ello converge en la misma glosa de improcedencia de la referida deducción. Adicionalmente porque, esos nuevos argumentos fueron expuestos en respuesta a la discusión que planteó la actora en el recurso de reconsideración en el acápite “*fundamentos de la controversia*” por desconocimiento de la Ley 963 de 2005, del Decreto Reglamentario 2950 de 2005, los documentos Conpes 3366 y 3406 de 2005 y las situaciones jurídicas consolidadas; lo que se constata en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, en la que previo a desarrollar la nueva argumentación en relación con cada una de las citadas violaciones de normas y actos administrativos, se advirtió: “(...) se observa frente a lo alegado en el recurso de reconsideración lo siguiente:”. Es así, que al confrontar el acto previo y el liquidatorio con el contenido de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se observa identidad en la glosa, solo que, cimentada en forma adicional en que no está probada la mayor inversión, el pago de la prima adicional, y las aprobaciones de la autoridad competente; con lo que ahondó en la argumentación del desconocimiento de la deducción por inversión en activos fijos. Existiendo identidad en la glosa propuesta por la Administración y siendo posible sustentar el desconocimiento de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos con nuevos y mejores argumentos, la Sala concluye que la resolución que resolvió el recurso de reconsideración guardó correspondencia con el requerimiento especial y la liquidación oficial de revisión tal como lo ordena el artículo 711 del Estatuto Tributario, aunado a que a la actora se le garantizó el ejercicio del derecho de defensa y de contradicción, motivo por el cual no prospera este cargo de apelación.”

**DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS EN CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA / ESTABILIZACIÓN DE LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS - Alcance y efectos jurídicos /**



**FINALIDAD DEL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Reiteración de jurisprudencia / EFECTOS DE LA AMPLIACIÓN DE LA INVERSIÓN EN EL CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA / BENEFICIO DE ESTABILIDAD JURÍDICA – Alcance y límites frente al monto de la inversión / PROCEDENCIA DE LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS EN CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA - Reprogramación de la inversión que derivó en que para el año 2013 se realizaran mayores inversiones a la pactada en esa vigencia, sin modificar el monto total de la inversión del contrato / RECHAZO DE LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN ACTIVOS FIJOS REALES PRODUCTIVOS EN CONTRATO DE ESTABILIDAD TRIBUTARIA - Ilegalidad / SANCIÓN POR INEXACTITUD – Atipicidad**

**Problema jurídico 2:** *¿Son legales los actos acusados en cuanto desconocieron la suma de \$52.622.741.000, registrada por la demandante a título de deducción por inversión en activos fijos reales productivos en su declaración de renta del año gravable 2013, y al imponerle sanción por inexactitud?*

**Tesis 2:** “La DIAN rechazó esta deducción porque: i) la inversión sobre la que se liquidó excedió el monto del proyecto acordado en el contrato de estabilidad jurídica; y ii) no está probada que la mayor inversión se encuentra amparada en el contrato, como tampoco su aprobación por la autoridad competente ni el pago de la prima adicional. El Tribunal dio razón a la DIAN, al considerar que no se acreditó por parte de la actora, que el mayor valor de inversión se causó con motivo del proyecto acordado en el contrato de estabilidad jurídica, de manera que la deducción solicitada excedió la legalmente permitida. En su apelación, la demandante acusa al Tribunal de realizar una valoración incompleta de todas las pruebas allegadas al expediente y haber incurrido en la contradicción de señalar que el beneficio de estabilidad jurídica no está supeditado al monto y cronograma de la inversión acordada, sin embargo, limitó la deducción al valor de la inversión proyectada para el año 2013 en el cronograma inicial de la inversión. Para dar solución al debate planteado, se precisa que el artículo 158-3 del Estatuto Tributario, si bien no se encontraba vigente para el año gravable 2013 por derogatoria expresa del artículo 1° de la Ley 1430 de 2010, esta misma norma es aplicable en el caso analizado en cuanto estableció: *«Quienes con anterioridad al 1° de noviembre de 2010 hayan presentado solicitud de contratos de estabilidad jurídica, incluyendo estabilizar la deducción por inversión en activos fijos a que se refiere el presente artículo y cuya prima sea fijada con base en el valor total de la inversión objeto de estabilidad, podrán suscribir contrato de estabilidad jurídica en el que se incluya dicha deducción. En estos casos, el término de la estabilidad jurídica de la deducción especial no podrá ser superior (sic) tres (3) años»*. Supuesto que presenta en el caso analizado, toda vez que el 31 de octubre de 2008, el contribuyente solicitó la suscripción del contrato de estabilidad tributaria, y entre otras normas estabilizó el artículo 158-3 *ibídem*, acuerdo que fue autorizado el 3 de mayo de 2010. En esa medida el referido artículo 158-3, para el caso bajo examen, permitía deducir del impuesto sobre la renta el 30% de la inversión que se realizara en activos fijos reales productivos en virtud del contrato de estabilidad jurídica. (...) Sobre la finalidad de los contratos de estabilidad jurídica y los efectos de las inversiones, esta Sección precisó: *«2.4. La finalidad de la Ley 963 de 2005 es promover tanto la inversión nueva como la ampliación de la existente, en cuanto mecanismo de desarrollo social y económico, motivo por el cual no estableció ningún límite al beneficio de estabilización relacionado con el monto de la inversión. En otras palabras, la ley no estableció ninguna prohibición para que el beneficio de estabilización normativa opere sobre montos de inversión efectivamente realizados y que sean adicionales a los pactados en los contratos. Es más, cuando se propuso una limitante en tal sentido en los casos de ampliación de la inversión existente durante el trámite legislativo, el Congreso de la República no aprobó su inclusión en la versión definitiva del texto legal. Además, la Sala destaca que una limitación en ese sentido sería contraria a la finalidad de la ley, pues desestimularía la inversión efectiva adicional a la pactada en el contrato al no gozar de ningún tipo de beneficio. En ese mismo sentido, el Documento Conpes 3366 de 2005 permite colegir que la estabilidad jurídica no se limita a la ampliación de la inversión pactada en el contrato.»* (Énfasis propio) Así las cosas, el beneficio de estabilidad jurídica no está limitado al monto total de la inversión indicado en el contrato, pues en el transcurso de su vigencia no solo es posible realizar inversiones adicionales en el marco del proyecto acordado para la suscripción del contrato de estabilización jurídica, sino que esto hace parte del propósito de la Ley 963 de 2005, por lo mismo, la prerrogativa de estabilidad normativa tampoco está supeditada al cronograma del proyecto de inversión. En concordancia con lo anterior, los beneficios que se derivan del contrato de estabilidad tributaria, como la deducción de inversión en activos fijos reales productivos (norma estabilizada), procede sobre las inversiones pactadas en el contrato y las adicionales que se realicen en virtud del mismo. (...) Para la Sala las pruebas anteriores evidencian la improcedencia del rechazo de la deducción por inversión en activos fijos reales productivos en discusión, pues la actora acreditó que, por causa de una reprogramación de la inversión, en el año gravable 2013 realizó una mayor inversión a la inicialmente pactada para esa vigencia, pero igualmente amparada en el convenio de estabilidad normativa, puesto que como lo precisó la Sección, la Ley 963 de 2005 no restringió que el beneficio de estabilización normativa opere sobre los montos de inversión efectivamente realizados y que sean adicionales a los pactados en los contratos. Importante aclarar que en el 2013 no se realizó una

inversión adicional a la inversión total que fue pactada en el contrato, sino que por causa de retrasos ocasionados por acciones judiciales que se presentaron contra la licencia ambiental otorgada al contrato, el contribuyente hizo una reprogramación de la inversión que derivó que para el año 2013 se realizaran mayores inversiones a la pactada en esa vigencia, sin modificar el monto total de la inversión del contrato. En efecto, inicialmente, la inversión pactada para el año 2013 fue de \$320.192.000.000, siendo el monto total de inversión \$1.922.578.000.000. Luego, como se prueba con la comunicación del año 2012 remitida por EMGESA al Ministerio de Minas y Energía, y en el informe de auditoría del año 2014, se reprogramó la inversión, modificando la asignada para el año 2013 de \$320.192.000.000 a la suma de \$724.727.000.000; de la cual solo pudo ejecutarse \$536.837.242.885, como lo corrobora el revisor fiscal de la sociedad que da cuenta de la inversión efectiva solicitada en deducción y declarada en el año 2013. Así que se encuentra demostrado que la inversión del año 2013 estaba amparada en el contrato. El mayor valor versus el inicialmente programado por ese ejercicio fiscal, se deriva de una reprogramación que fue informada a la autoridad competente, *Ministerio de Minas y Energía*, y hacía parte del compromiso total de inversión equivalente a \$1.922.578.000.000, misma por la cual había pagado la parte actora la correspondiente prima en cuantía de \$9.612.890.717. Y esa es la razón por la que no debía pagar una prima adicional, en tanto solo se modificó el valor de la inversión del año 2013, pero no el monto total de la inversión pactada por el que ya se había satisfecho el pago de la prima. Fue hasta el año 2014 y 2015 en que el contribuyente realizó una inversión adicional a la acordada, y está probado que esa modificación fue informada y autorizada por el Ministerio de Minas y Energía, así como el pago del mayor valor de la prima. Amén de lo anterior, se advierte que los antecedentes no dan cuenta de que la reprogramación de los montos de inversión efectuada en el año 2013, hubieren derivado en un incumplimiento del Contrato EJ018 de 2010. Por todo lo expuesto, encuentra la Sala procedente la deducción especial por inversión en activos fijos reales productivos, que fue solicitada por la apelante en la declaración de renta del período gravable 2013. Prospera la apelación. (...) Considerando que la totalidad de las glosas fueron desvirtuadas, resulta atípica la conducta de la parte actora respecto de la sanción por inexactitud, en consecuencia, no procede su imposición.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de agosto de 2022, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 25000-23-37-000-2018-00232-01 \(25760\).](#)

### **3. Se precisa el alcance de la aplicación del método de precio comparable no controlado PC, los requisitos de operancia del mismo y sus excepciones, para efectos de la fijación del precio de plena competencia en las transacciones con commodities en el régimen de precios de transferencia.**

*Síntesis del caso:* En el artículo 1.2.2.2.4.1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en materia tributaria, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reglamentó el método de precios de transferencia denominado «precio comparable no controlado» (PC), en operaciones de commodities, previsto en el literal b) del ordinal primero del artículo 260-3 del Estatuto Tributario. Al estudiar la legalidad de los incisos 3 a 6 y 8 de dicha disposición, la Sala negó la nulidad de los incisos 3 a 5; condicionó la validez del inciso 6 (en forma parcial) y anuló el inciso 8, por las siguientes razones: Declaró ajustados a derecho los incisos 3 y 4, porque concluyó que en su expedición no se excedió la potestad reglamentaria ni se desconoció el principio de reserva de ley, pues el deber que prevén, de registrar los acuerdos sobre las fechas o periodos para fijar el precio del bien transado, solo es exigible en eventos en que se aplique el método PC con referencia a precios de cotización, pues es en este escenario que surge la necesidad de determinar si los precios de los commodities pactados entre partes vinculadas se acompañan, en el momento en que se realiza la operación, con la media generalizada del mercado. Así, consideró que no cabe entender que dicho deber de registro se extiende a los contribuyentes que apliquen en operaciones de commodities el método PC por referencia a transacciones comparables realizadas entre partes independientes. En cuanto a los incisos 5 y 6, la Sala señaló que replicaron el parámetro legal dispuesto en la norma reglamentada sin incurrir en los vicios de legalidad que se les endilgaban. Al respecto precisó que el artículo

*reglamentado y el reglamentario disponen que, de no contar con pruebas fiables para establecer la fecha de fijación del precio de la transacción del bien, la Administración podrá determinarla, supletivamente, valiéndose de la fecha de envío de la mercancía indicada en el documento de embarque o en su equivalente. No obstante, se condicionó la legalidad del inciso 6, en el sentido de precisar que, aunque la fecha contenida en el acuerdo pierda fiabilidad, derivada de la falta de registro del acuerdo o de la extemporaneidad del mismo, dicha fecha o periodo se podrá acreditar a través de medios de prueba que brinden certeza al respecto, en aplicación del principio de libertad probatoria. Finalmente, se anuló el inciso 8 de la norma acusada, porque la Sala concluyó que al expedirlo el gobierno excedió los límites de la potestad reglamentaria, porque restringió a dos únicas situaciones los casos excepcionales en los que es posible aplicar un método de precios de transferencia distinto al PC en las operaciones con commodities, pese a que la norma reglamentada no circunscribe la excepcionalidad al señalamiento de supuestos específicos, sino a que se despliegue la adecuada carga argumentativa y demostrativa orientada a establecer los motivos pertinentes y razonables que forzaron a emplear otro método.*

**RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA - Precio de plena competencia en operaciones con commodities / PRECIO DE PLENA COMPETENCIA EN OPERACIONES CON COMMODITIES - Método de precio controlado PC / PRECIOS DE COTIZACIÓN DE COMMODITIES / REGISTRO DE CONTRATOS SOBRE COMMODITIES – Fechas o periodos para la fijación del precio del bien transado / REGISTRO DE CONTRATOS SOBRE COMMODITIES – Prueba fiable de las fechas o periodos para la fijación del precio del bien transado. Utilización del método PC con referencia a precios de cotización / REGISTRO DE CONTRATOS SOBRE COMMODITIES – Términos y condiciones / REGISTRO DE CONTRATOS SOBRE COMMODITIES ENTRE VINCULADOS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Legalidad de los incisos 3 y 4 del artículo 1.2.2.2.4.1 del Decreto 1625 de 2016. El deber de registro al que se refiere la letra b) del ordinal primero del artículo 260-3 del ET no se extiende a los contribuyentes que apliquen en operaciones de commodities el método PC por referencia a transacciones comparables realizadas entre partes independientes**

**Problema jurídico 1:** *¿Los apartes acusados de los incisos 3 y 4 del artículo 1.2.2.2.4.1 del Decreto 1625 de 2016 se profirieron con extralimitación de la potestad reglamentaria y desconociendo el principio de reserva de ley, por extender la obligación de registrar los contratos sobre commodities a todos los contribuyentes que utilizan el método PC?*

**Tesis 1:** “3- La acusación plantea que los incisos 3.º y 4.º de la norma demandada exceden la potestad reglamentaria porque extendieron el deber de registrar los acuerdos sobre las fechas o periodos para fijar el precio del bien transado a todos los contribuyentes del impuesto sobre la renta, sujetos al régimen de precios de transferencia, que llevan a cabo operaciones con commodities, siendo que la norma reglamentada (i.e. la letra b. del ordinal primero del artículo 260-3 del ET) limita tal deber formal a los eventos en que se aplica el método PC por referencia a precios de cotización. Su contraparte niega que ese sea el alcance del precepto reglamentario, porque en él el deber del registro se consagra solo para los eventos en que se fija el precio por el método PC con referencia a precios de cotización. De suerte que las partes concuerdan en que el registro de los acuerdos se exige cuando el precio de plena competencia para las transacciones de commodities se determina por el método PC por referencia a precios de cotización, pero difieren en el alcance del reglamento, acerca de si extendió el deber de registro a eventos en que el precio del bien se fija por referencia a transacciones comparables realizadas entre partes independientes. Por tanto, la Sala debe definir si ocurrió la extralimitación que la actora le atribuye al reglamento. 3.1- Dispone la norma reglamentada que, en operaciones de commodities celebradas entre vinculados económicos, el precio de plena competencia podrá determinarse con el método PC por referencia a transacciones comparables entre partes independientes o por referencia a precios de cotización. La última referencia alude al precio del bien «en un período determinado obtenido en un mercado nacional o internacional de intercambio de commodities», incluyendo los «obtenidos de organismos reconocidos y transparentes de notificación de precios o de estadísticas, o de agencias gubernamentales de fijación de precios, cuando tales índices sean utilizados como referencia por partes no vinculadas para determinar los precios en las transacciones entre ellos». Así, los precios de cotización de commodities reflejan el acuerdo en el mercado entre partes no vinculadas, sobre el precio de un tipo y cantidad de producto, negociados bajo condiciones específicas en «un momento determinado», para lo cual la norma prevé como factor decisivo para el estudio de las transacciones la fecha o el periodo acordado por las partes para fijar el precio del bien, momento que debe probarse con documentos fiables (v.g. contratos u ofertas) que deben registrarse. Con esta finalidad, el precepto de rango legal dispone que el ejecutivo prescribirá los términos y condiciones del registro de documentos a efectuar. En ejercicio de esa potestad, se expidió el artículo

1.2.2.2.4.1 del DUR que, en los incisos 3.º y 4.º, estableció el plazo y el mecanismo con el que los obligados deben registrar la información pertinente, o sus modificaciones, ante la autoridad de impuestos. Señaladamente, ordenó que la información debe registrarse a través de los servicios informáticos que disponga la Administración (inciso 3.º), dentro del mes calendario siguiente a la suscripción del acuerdo o con anterioridad a la primera entrega del bien, si esta ocurre primero (inciso 4.º). 3.2- Considerando la estructura del artículo reglamentado, le corresponde a la norma inferior fijar los términos y condiciones en los que el obligado satisfecerá el deber de registro de los documentos fiables, al emplear el método PC con referencia a precios de cotización para establecer la fecha de la transacción y realizar el estudio comparativo entre los precios de mercado y el acordado por los intervinientes en la transacción controlada. Es en este contexto que la norma reglamentaria regula el deber de registro de los acuerdos entre partes vinculadas. 3.3-La interpretación sistemática de las normas en correlación (i.e. la reglamentada y el reglamento) lleva a concluir que el deber de registrar los documentos que instauran los incisos 3.º y 4.º del artículo 1.2.2.2.4.1 del DUR solo es exigible en eventos en que se aplique el método PC con referencia a precios de cotización, pues es en este escenario que surge la necesidad de determinar si los precios de los commodities pactados entre partes vinculadas se acompasan, en el momento en que se realiza la operación, con la media generalizada del mercado. Por ende, la Sala no avala la propuesta interpretativa que postula la actora para plantear la nulidad de los apartes acusados. Lo anterior porque, tal como lo admiten ambas partes, no cabe entender que el deber de registro al que se refiere la letra b) del ordinal primero del artículo 260-3 del ET se extiende a los contribuyentes que apliquen en operaciones de commodities el método PC por referencia a transacciones comparables realizadas entre partes independientes. No prospera el cargo de nulidad.”.

**PRECIOS DE COTIZACIÓN DE COMMODITIES / FECHA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEL COMMODITY EN EL MERCADO COTIZADO - Carga de la prueba / PRUEBA DE LA FECHA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEL COMMODITY EN EL MERCADO COTIZADO - Documentos fiables / FALTA DE PRUEBA FIABLE DE LA FECHA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEL COMMODITY EN EL MERCADO COTIZADO – Determinación supletiva por la DIAN de la fecha de la transacción cotizada. Fecha de envío del bien indicada en el documento de embarque / DETERMINACIÓN SUPLETIVA DE LA FECHA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEL COMMODITY EN EL MERCADO COTIZADO – Legalidad del inciso 5 del artículo 1.2.2.2.4.1 del Decreto 1625 de 2016**

**Problema jurídico 2:** *¿Los incisos 5 y 6 del artículo 1.2.2.2.4.1 del Decreto 1625 de 2016 se profirieron con extralimitación de la potestad reglamentaria y desconociendo el principio de reserva de ley por autorizar a la DIAN a fijar el precio de las transacciones sobre commodities tomando como fecha de determinación de la transacción cotizada la fecha de embarque de la mercancía?*

**Tesis 2:** “[L]a actora sostiene que los incisos 5.º y 6.º de la norma acusada vulneran el principio de reserva de ley y exceden la potestad reglamentaria del ejecutivo porque autorizaron a la autoridad a fijar el precio de plena competencia de las operaciones de commodities tomando la cotización promedio del bien en la fecha del envío registrada en el documento de embarque o en su equivalente. La nulidad derivaría de que, por esa vía, el reglamento estaría determinando la base gravable del impuesto sobre la renta, al fijar el precio de la transacción. La demandada respondió a la acusación señalando que, bajo la norma reglamentada, la Administración puede fijar el precio de la operación cuando no se logre precisar la fecha de la transacción con otros medios de prueba; con lo cual, la utilización de la fecha de envío para tal fin no es automática. Debe entonces la Sala establecer si la disposición acusada autoriza a la autoridad a fijar, autónomamente de la ley, el precio de la operación. 4.1- Según la letra b) del ordinal primero del artículo 260-3 del ET, si el contribuyente no aporta pruebas fiables, o si la fecha pactada de fijación del precio es inconsistente, la autoridad podrá considerar, como fecha para fijar el precio de la transacción sobre el bien cotizado, la que surja de la evidencia que tenga disponible, pudiendo ser en últimas la del envío que esté indicada en el documento de embarque o en el documento equivalente del correspondiente medio de transporte. De modo que, dada la necesidad de identificar la fecha de determinación del precio en el mercado cotizado, el sujeto pasivo tiene la carga de probar con documentos fiables la fecha de la transacción realizada con su parte vinculada, so pena de que la establezca la autoridad por otros medios disponibles, incluido el documento de embarque. Para desarrollar este supuesto normativo, los incisos acusados precisaron que, vista la inconsistencia, omisión o extemporaneidad en el registro de la información, la autoridad de impuestos establecerá una fecha para la fijación del precio, atendiendo a los hechos probados y a lo que empresas independientes habrían acordado en circunstancias comparables; pero, si esto no fuera posible, contemplan como alternativa fijar el precio con la cotización promedio en la fecha de envío del commodity, registrada en el documento de embarque o en el documento equivalente del medio de transporte. 4.2- De lo anterior resulta que el artículo reglamentado y el reglamentario disponen que, de no contar con pruebas fiables para establecer la fecha de fijación del precio de la transacción del bien, la Administración podrá determinarla, supletivamente, valiéndose de la fecha de envío de la mercancía indicada en el documento de embarque. Al constatar que son coincidentes ambas normas

en la regulación que adoptan, queda desvirtuado el argumento de la actora. El reglamento no establece que de manera inmediata se fije la fecha de envío del bien como fecha de la transacción cotizada, pues esto solo sucederá cuando no se logre establecer el dato de la fecha con otros medios de prueba fiables. Así las cosas, no está llamado a prosperar el cargo con el cual se plantea que el precepto enjuiciado se orienta a establecer por sí mismo una base gravable especial. Tampoco adopta un precio específico para la operación; de lo que se ocupa es de disponer una consecuencia jurídica razonable de última instancia que además está contemplada en la propia ley. 4.3- Juzga entonces la Sala que la norma acusada replicó el parámetro legal dispuesto en la norma reglamentada, sin incurrir en un exceso de la potestad reglamentaria, ni en una vulneración del principio de reserva de ley. No prospera el cargo de nulidad.”.

**REGISTRO DE CONTRATOS SOBRE COMMODITIES ENTRE PARTES VINCULADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Prueba fiable de las fechas o periodos para la fijación del precio del bien transado. Utilización del método PC con referencia a precios de cotización / REGISTRO DE CONTRATOS SOBRE COMMODITIES ENTRE PARTES VINCULADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Términos y condiciones / PRUEBA DE LA FECHA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEL COMMODITY EN EL MERCADO COTIZADO - Documentos fiables / OMISIÓN O EXTEMPORANEIDAD EN EL REGISTRO DE CONTRATOS SOBRE COMMODITIES ENTRE PARTES VINCULADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Efectos jurídicos. Las dudas sobre la veracidad de la fecha o periodo de la transacción indicada en el acuerdo derivadas de la desatención o la extemporaneidad en el deber de registro del mismo acuerdo, implica para los interesados la necesidad de acreditar dicha fecha con los medios probatorios más idóneos / PRUEBA FIABLE DE LA FECHA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEL COMMODITY EN EL MERCADO COTIZADO – Requisitos / PÉRDIDA DE FIABILIDAD DE LA PRUEBA DE LA FECHA DE DETERMINACIÓN DEL PRECIO DEL COMMODITY EN EL MERCADO COTIZADO – Efectos jurídicos / OMISIÓN O EXTEMPORANEIDAD EN EL REGISTRO DE CONTRATOS SOBRE COMMODITIES ENTRE PARTES VINCULADAS EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Efectos jurídicos. Legalidad condicionada del inciso 6 del artículo 1.2.2.2.4.1 del Decreto 1625 de 2016. Aunque la fecha o periodo de la transacción de los commodities contenida en el acuerdo pierda fiabilidad, ella se podrá acreditar a través de medios de prueba que brinden certeza al respecto**

*Problema jurídico 3: ¿El inciso 6 del artículo 1.2.2.2.4.1 del Decreto 1625 de 2016 se profirió con extralimitación de la potestad reglamentaria y desconociendo el principio de reserva de ley al fijar una consecuencia jurídica negativa por la omisión o extemporaneidad en el registro del acuerdo de la fecha o periodo para la fijación del precio de transacción de los commodities?*

**Tesis 3:** “[P]lantea la acusación, respecto del inciso 6.º de la norma demandada, que configura una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria porque consagró una consecuencia para la omisión o la extemporaneidad en el registro del acuerdo, sin fundamento legal, lo que a su entender conlleva la adopción de una tarifa legal probatoria en detrimento de los medios de demostración desplegados por los contribuyentes. La demandada controvierte esa tesis afirmando que el precepto de rango legal dispone que la autoridad establecerá la fiabilidad de los documentos aportados para determinar la fecha de fijación del precio, con miras a lo cual deben estar registrados en los términos y condiciones reglamentados; y que en ese sentido la disposición censurada estableció los elementos para determinar la fiabilidad de la información aportada. Consecuentemente, la Sala debe juzgar si el reglamento acusado excedió la potestad reglamentaria al señalar una consecuencia jurídica adversa, sin fundamento en la ley, para los casos de omisión o extemporaneidad en el registro a cargo del contribuyente. 5.1- El estudio parte de considerar que el inciso quinto de la letra b) del ordinal primero del artículo 260-3 del ET establece que, para analizar las transacciones de commodities con referencia al precio de cotización en un periodo específico, el contribuyente debe demostrar el periodo acordado, con documentos fiables, como son contratos, ofertas, aceptaciones, entre otros, cuyos términos sean acordes con el comportamiento real de las partes o con los pactados habitualmente en el mercado específico del bien; y que para tal finalidad los acuerdos con las partes vinculadas deben estar registrados de manera conforme a la reglamentación. El inciso siguiente, contempla como consecuencia jurídica atribuible a la ausencia de estos documentos fiables, que la Administración establezca la fecha de fijación del precio del commodity a partir de la evidencia que tenga disponible. De suerte que el mandato legal se dirige a la comprobación de la fecha en que la transacción tuvo lugar, en función de la fiabilidad de los documentos aportados. Para garantizar ese extremo, fijó dos cargas en el contribuyente: (i) probar el periodo y la veracidad de la transacción, con documentos que podrían constituir prueba fiable del acuerdo sobre el bien, como los que enunció de manera ejemplificativa; y (ii) registrar los acuerdos con las partes vinculadas, so pena de que la autoridad proceda a identificar, a partir de diversos medios de prueba, una fecha para fijar el precio del bien cotizado. En desarrollo de este precepto legal, el inciso sexto de la

disposición reglamentaria que se juzga instituyó que, cuando el contribuyente no cumpla con el registro del acuerdo o lo haya realizado extemporáneamente, «*la fecha para la fijación del precio indicada en el acuerdo, no constituirá prueba fiable*», evento en el que la Administración determinará la fecha de la transacción valiéndose de los medios de prueba de los que disponga y, a falta de estos, podrá en últimas tomar la fecha de envío del bien indicada en el documento de embarque o en el documento equivalente. 5.2- Desde esa perspectiva, la consecuencia adoptada en la norma reglamentaria, y que censura la actora (i.e. la pérdida de fiabilidad de los documentos no registrados por el contribuyente o registrados por fuera del plazo), se acompasa con el precepto legal que demanda la comprobación de la fecha de la transacción con documentos fiables que estén registrados (así, en el inciso cuarto de la letra *b.* del ordinal primero del artículo 260-3 del ET). Pero, aun así, la pérdida de fiabilidad probatoria del acuerdo entre partes vinculadas, derivada del incumplimiento del deber de registro o de su falta de oportunidad, no conlleva recaer en una tarifa legal probatoria, sino, por el contrario, la necesidad de acreditar la fecha en cuestión bajo el principio de libertad probatoria. Así sucede porque la autoridad buscará establecerla con la «*evidencia que tenga disponible*» (i.e. inciso quinto *ibidem*), escenario en el que acudir a la fecha de envío señalada en el documento de embarque actúa como cláusula de cierre, no como una prescripción probatoria insustituible, para supuestos en los que no se logre «*determinar de otra manera la fecha de fijación del precio*» (*ibidem*). 5.3- En suma, para la Sala la consecuencia jurídica prevista para la omisión del deber de registro del acuerdo o el cumplimiento extemporáneo es un desarrollo de la comprobación de fiabilidad de la fecha de la transacción exigida legalmente. Todo en el entendido de que las dudas sobre la veracidad de la fecha indicada en el acuerdo, propiciadas por la desatención del deber de registro, implica para los interesados la necesidad de acreditar la fecha de la transacción con los medios probatorios más idóneos. Por ende, queda desvirtuada la acusación que plantea una extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de lo cual la Sala estima pertinente declarar la legalidad condicionada de la disposición censurada, para vincular al precepto legal la precisión de que, aunque la fecha contenida en el acuerdo pierda fiabilidad, podrá acreditarse a través de medios de prueba que brinden certeza sobre la fecha o periodo.”.

**MÉTODO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA APLICABLE EN OPERACIONES CON COMMODITIES / APLICACIÓN DEL MÉTODO DE PRECIO COMPARABLE NO CONTROLADO PC EN OPERACIONES CON COMMODITIES EN EL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA – Excepciones / PRECIO DE PLENA COMPETENCIA EN OPERACIONES CON COMMODITIES – Excepciones para la aplicación del método de precio controlado PC. Ilegalidad del inciso 8 del artículo 1.2.2.2.4.1 del Decreto 1625 de 2016. Exceso de la potestad reglamentaria. El reglamento afectó la posibilidad prevista en el literal b) del ordinal 1° del artículo 260-3 del ET de implementar el método de valoración de operaciones apropiado, por circunstancias excepcionales**

**Problema jurídico 4:** *¿El inciso 8 del artículo 1.2.2.2.4.1 del Decreto 1625 de 2016 se profirió con extralimitación de la potestad reglamentaria y desconociendo el principio de reserva de ley, por limitar los casos excepcionales en los que es posible aplicar un método de precios de transferencia distinto al PC en las operaciones con commodities?*

**Tesis 4:** “[L]a actora plantea que el inciso 8.º de la norma reglamentaria limitó la posibilidad de aplicar un método de precios de transferencia diferente al PC, porque señaló los dos únicos eventos en que podrían hacerlo los contribuyentes, tesis a la cual se opone la demandada afirmando que las condiciones reglamentadas para la procedencia de la aplicación de un método diferente obedecen a la necesidad de evitar aplicaciones subjetivas del régimen de excepciones. En su criterio, la disposición demandada hizo ejecutable lo dispuesto por el inciso final de la letra b) del ordinal 1.º del artículo 260-3 del ET. Visto este debate, le corresponde a la Sala establecer si el precepto demandado excedió la potestad reglamentaria al limitar los supuestos que habilitarían la aplicación de un método distinto al PC en las transacciones con commodities. 6.1- La norma reglamentada efectivamente dispone que para el análisis de operaciones con esa clase de bienes debe emplearse el método de precios de transferencia de «*precio comparable no controlado*» y que solo en casos excepcionales se podrá acudir a uno distinto. Fija como condicionante para hacerlo, que en la documentación probatoria se incluyan las razones económicas, financieras y técnicas pertinentes y razonables a los fines del análisis y que sean debidamente probadas ante la Administración. Bajo ese criterio, legalmente se contempla una excepción a la regla general de análisis con el método PC. Al respecto, el inciso octavo del reglamento acusado prevé que «*las razones económicas, financieras y técnicas que resulten pertinentes y razonables para justificar los casos excepcionales, deberán corresponder exclusivamente a aquellos casos en los que no sea posible identificar los factores que conforman los precios de cotización, o que, en caso de existir y requerir de ajustes de comparabilidad, éstos no puedan ser medibles o cuantificables*» (subraya añadida), con lo cual, precisó el alcance de la excepcionalidad mediante una restricción a dos únicas situaciones. 6.2- Observa la Sala que, tal como alega la demandante, el reglamento adopta un listado limitado de «*casos excepcionales*» que serían los únicos que habilitarían a emplear un método distinto al PC para fijar el precio de plena

competencia en operaciones con commodities, siendo que la disposición reglamentada no circunscribe la excepcionalidad al señalamiento de supuestos específicos, sino a que se despliegue la adecuada carga argumentativa y demostrativa orientada a establecer los motivos pertinentes y razonables que forzaron a emplear un método distinto al PC. Consecuentemente, con el reglamento se afectó la posibilidad prevista en la ley de implementar el método de valoración de operaciones apropiado, por circunstancias excepcionales. 6.3- En esos términos, con ese aparte del precepto acusado se excedieron los límites de la potestad reglamentaria, porque el Gobierno desatendió los parámetros de la norma con rango de ley, pues restringió sus posibilidades de aplicación. Prospera el cargo de nulidad planteado respecto del inciso 8.º del artículo reglamentario demandado.”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 28 de julio de 2022, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-27-000-2021-00022-00 \(25518\).](#)

7  
SECCIÓN  
QUINTA



# BOLETÍN

DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



# 1. Se confirmó la decisión que negó la nulidad de la elección de la secretaria general del concejo municipal de Acacías, Meta.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del acto de elección de la secretaria general del concejo municipal de Acacías, Meta, alegando, conforme a lo sustentado en el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de primera instancia, la existencia de irregularidades debido a que (i) los concejales al momento de elegir no podían anunciar su voto públicamente; e, (ii) ilegalidad de la Resolución No. 73 del 1° de diciembre de 2020, a través de la cual se modificó la Resolución No. 48 de 2020, para dar aplicación analógica a la Ley 1904 de 2018 y, en consecuencia, se ajustó la convocatoria pública y se incluyó una prueba de conocimientos. Lo anterior, por cuanto dicha resolución se fundamentó en una norma derogada para modificar las reglas de la convocatoria. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que: (i) los cabildantes pueden de manera autónoma dar a conocer el sentido de su voto; y, (ii) porque la Resolución 73 de 2020 que modificó la Resolución 48 del mismo año, ajustando la convocatoria al incluir una prueba de conocimientos y ordenando dar aplicación analógica al párrafo transitorio del artículo 12 de la ley 1904 de 2018, la cual no se encontraba vigente, fue reversada posteriormente con la expedición de la resolución No. 77 de 2020, en esa específica modificación de aplicar la prueba de conocimientos.

## MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DEL CONCEJO MUNICIPAL / VOTO SECRETO / NORMA DEROGADA

**Problema jurídico:** Corresponde a esta Sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el Tribunal Administrativo del Meta, que negó las pretensiones de la demanda tendiente a obtener la nulidad del Acta No. 134 del 18 de diciembre de 2020, a través de la cual, el Concejo Municipal de Acacías (Meta) eligió a la señora Katherine Arenas Álvarez como secretaria general de dicha corporación y del Acta No. 01 del 8 de enero de 2021, por la cual se posesionó a la señora Patricia Morera Anaya, en el mencionado empleo, en cumplimiento del fallo de tutela proferido el 6 de enero de 2021, por el Juzgado Promiscuo Municipal de Guamal (Meta).

**Tesis:** “Respecto de las reglas para elegir funcionarios por parte del Concejo Municipal, el artículo 88 del Acuerdo No. 427 de 2016 (...) para la elección de los funcionarios de competencia del Concejo Municipal, entre ellos, el secretario general, se realizará la votación de forma secreta. Sin embargo, bien puede ocurrir que, en el marco de la sesión de la elección, los cabildantes decidan de manera autónoma dar a conocer el sentido de su voto. (...). En este orden, no le asiste razón al recurrente al considerar que los concejales de Acacías (Meta) han debido acudir únicamente a la votación secreta por así disponerlo el reglamento interno de la corporación pública y no proceder a anunciar su voto, pues, como quedó visto, la jurisprudencia de la Sala Electoral del Consejo de Estado ha sido clara en señalar que, en los casos de elección de funcionarios de competencia de los Concejos Municipales, resulta totalmente válida la decisión de aquellos cabildantes que, al depositar su voto físico en la urna destinada para tal fin, también lo hagan públicamente, como en efecto ocurrió en el sub examine. (...). Así las cosas, resulta claro que, en el presente caso, solo se le dio validez a la votación secreta, es decir, a los sufragios depositados en la urna destinada para tal fin, puesto que la misma fue la escrutada, mientras que, si solo se hubieran contabilizado los votos que se hicieron públicos, la elección hubiera variado y, en su lugar, la electa sería la señora Patricia Morera Anaya, frente a quien se anunciaron ocho (8) votos a su favor, sin embargo, se reitera, imperó la votación secreta, por lo que, para la Sala no existe ningún vicio en la elección de Katherine Arenas Álvarez, quien obtuvo ocho (8) votos físicos. (...). . [P]ara la fecha en que se dio apertura a la convocatoria pública para elegir al secretario general del Concejo Municipal de Acacías (17 de noviembre de 2020), así como para la data en la que se eligió a Katherine Arenas Álvarez (18 de diciembre de 2020) y se posesionó a Patricia Morera Anaya (8 de enero de 2021), el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 no se encontraba vigente, pues había sido derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, como lo indicó el actor. Sin embargo, se evidencia que, si bien durante el trámite de la elección del secretario general del Concejo Municipal de Acacías (Meta), se profirió un acto administrativo que ordenó aplicar por analogía ese precepto, lo cierto es que, esa específica modificación introducida con la Resolución No. 73 de 2020, relacionada con la aplicación de una prueba de conocimientos, fue reversada posteriormente con la expedición de la Resolución No. 77 de 2020, la cual mantuvo incólume las demás actuaciones que se produjeron en el marco de la convocatoria pública adelantada para proveer dicho cargo. (...). En este orden, resulta claro que en el sub examine la

convocatoria pública adelantada en virtud de lo ordenado en la Resolución No. 48 de 2020, para proveer el cargo de secretario general del Concejo Municipal de Acacías (Meta), estuvo fundamentada no solo en lo dispuesto en la Ley 136 de 1994 y en el reglamento interno de la corporación, sino también en el artículo 126 de la Carta Política, según el cual “Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. Por lo tanto, este cargo no tiene vocación de prosperidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 30 de junio de 2022; C.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 50001-23-33-000-2021-00057-01.](#)

## **2. Se declaró la nulidad del oficio por medio del cual la directora de Corpocesar reconoció al representante principal de las comunidades negras ante el Consejo Directivo.**

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto por medio del cual la directora general de Corpocesar reconoció al representante principal de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de dicha corporación, alegando que, (i) se desconocieron los artículos 2.2.8.5.1.9 y 2.2.8.5.10 del Decreto 1076 de 2015, según los cuales la falta absoluta por nulidad de la elección del representante principal debe proveerse con el suplente; y, (ii) porque el representante principal estaba inhabilitado para el ejercicio del cargo, en la medida que estaba desempeñando otro cargo público y devengando doble remuneración por parte del Estado. La Sala declaró la nulidad de la elección del representante principal de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de Corpocesar, al considerar que se vulneraron los artículos 2.2.8.5.1.9 y 2.2.8.5.1.10 del Decreto 1076 del 2015, pues ante la vacante del representante principal ha debido designarse al representante suplente que fue elegido para el mismo período.*

### **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL REPRESENTANTE PRINCIPAL DE LAS COMUNIDADES NEGRAS ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CESAR**

**Problema jurídico:** *Verificar si el oficio DG-1441 del 6 de julio de 2021, por el cual la directora general de CORPOCESAR dispuso “reconocer” al señor José Tomás Márquez Fragozo “la condición de representante principal de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de CORPOCESAR mientras se surte la reunión de elección programada para el día 15 de julio de 2021”, infringió o no durante su vigencia lo dispuesto en los artículos 2.2.8.5.1.9 y 2.2.8.5.10 del Decreto 1076 de 2015 y en consecuencia, si ha debido proveerse la falta absoluta de dicho representante con el suplente, a raíz de la nulidad de la elección del mismo demandado como principal en 2020.*

**Tesis:** “En la providencia del 26 de mayo de 2022, la Sección explicó en los siguientes términos, que desde el inicio, durante y al finalizar la controversia que dio lugar al fallo del 3 de junio de 2021, la discusión se circunscribió a la legalidad de la elección del representante principal de las comunidades negras en el Consejo Directivo de CORPOCESAR periodo 2020-2023, y por ende, que las decisiones adoptadas no podían extenderse a la validez de una designación distinta, específicamente la del representante suplente de las mencionadas comunidades (...). Consecuente con el anterior análisis sobre el alcance del proveído del 3 de junio de 2021, esta Sección determinó que la vacante del representante legal principal que se generó en virtud del anterior fallo, debió suplirse con el representante legal suplente que fue electo para el periodo 2020-2023, en aplicación de los artículos 2.2.8.5.1.9. y 2.2.8.5.1.10. del Decreto 1076 de 2015, que establecen cómo obrar frente a dicha circunstancia, en lugar de haber realizado una nueva designación en cabeza del demandado. (...). Las consideraciones del fallo del 26 de mayo de 2022 resulta totalmente aplicables al caso de autos, comoquiera que la designación controvertida en el proceso de la referencia, de carácter transitorio, vigente mientras se efectuaba la definitiva que quedó plasmada en el acta del 17 de septiembre de 2021, tuvieron la misma causa, esto es, la declaratoria de nulidad del acta 001 del 13 de febrero de 2020 en cuanto a la elección del señor José Tomás Márquez Fragozo, a través de la providencia del 3 de junio de 2021 de la Sección Quinta del Consejo de Estado y la indebida interpretación que de ésta hizo la corporación autónoma regional. Por consiguiente, en aplicación del precedente del 26 de mayo de 2022, respecto del cual no se advierte razón alguna para modificar la posición decantada en él, la Sala

reitera que (I) el fallo 3 de junio de 2021 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, exclusivamente conllevó a que se declarara la elección del representante principal de las comunidades negras en el Consejo Directivo de CORPOCESAR para el periodo 2020-2023, y (II) que en aplicación de los artículos 2.2.8.5.1.9. y 2.2.8.5.1.10 del Decreto 1076 de 2015, en la vacante que se generó debió designarse al representante suplente que fue elegido para el mismo periodo, en lugar de nombrar a una nueva persona, en este caso al demandado, de manera transitoria a través del oficio DG-1441 del 6 de julio de 2021.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 28 de julio de 2022; C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 11001-03-28-000-2021-00042-00.](#)

### Salvamento de voto del magistrado Luis Alberto Álvarez Parra

#### EXPEDICIÓN IRREGULAR DEL ACTO DECLARATORIO DE LA ELECCIÓN / CONFIGURACIÓN DEL VICIO DE EXPEDICIÓN IRREGULAR

**Tesis:** “[La] configuración del vicio de expedición irregular puede afectar todo o parte del procedimiento que precedió al acto demandado y sus efectos dependerán de las características de la irregularidad que concretamente haya acontecido en cada caso. Estas circunstancias particulares determinarán la solución que debe adoptar la autoridad competente, con el fin de rehacer de forma total o parcial el trámite censurado. En el sub iudice, se puso en evidencia que el acto demandado en el expediente Rad. 2020-00053 contenía la elección de los representantes principal y suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de CORPOCESAR. Por lo tanto, aun cuando el fallo de 3 de junio de 2021, proferido por la Sala para decidir en única instancia dicho proceso, no dispuso 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. De hecho, en la propia sentencia de 3 de junio de 2021, al pronunciarse sobre la pretensión encaminada a que se ordenara a CORPOCESAR que llenara la vacancia con el suplente, la Sala advirtió que esa decisión correspondía a dicha entidad y no al juez electoral, “luego de surtir el trámite administrativo electoral propio que debe acompañar a esta clase de designación y de desarrollar en debida forma el proceso de elección respectivo”. Así mismo, al momento de negar la suspensión provisional del oficio DG-1441 del 6 de julio de 2021, dentro del expediente Rad. 2021-00042, esta Sala consideró, con acierto, que el referido fallo afectó las elecciones de los representantes principal y suplente. (...). En consecuencia, 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. 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 afectaba únicamente a él, sin la posibilidad de extenderse a su suplente. En este evento, sí hubiese sido plenamente aplicable la forma de llenar las faltas absolutas por nulidad de la elección.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 28 de julio de 2022; Salvamento de voto Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-28-000-2021-00042-00.](#)

### 3. Se confirmó la decisión que negó la nulidad del acto de elección del personero en encargo del municipio de La Dorada, Caldas.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad del acto de elección del personero, en encargo, del municipio de La Dorada, Caldas, alegando que el acusado fue nombrado sin que se hubiese efectuado una convocatoria para la provisión del cargo. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, teniendo en consideración que el nombramiento se hizo de manera temporal con el propósito de continuar con la prestación del servicio público de la Personería, mientras se adelanta el concurso para realizar el nombramiento en propiedad.*

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / NOMBRAMIENTO EN ENCARGO DEL PERSONERO MUNICIPAL / VACANTE ABSOLUTA DEL PERSONERO MUNICIPAL / NOMBRAMIENTO TEMPORAL EN ENCARGO

**Problema jurídico:** *Corresponde a la Sala resolver si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia del 7 de abril de 2022 emitida por el Tribunal Administrativo de Caldas, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Para el efecto, habrá de establecerse si está acreditado o no que el acto de elección de Fausto Téllez Marín como personero encargado del municipio de La Dorada, está viciado de nulidad por presuntamente haberse incumplido por parte del Concejo Municipal los principios que rigen la función pública, en razón a que no se efectuó una convocatoria para la provisión del empleo.*

**Tesis:** “Sobre el particular, lo primero que se debe mencionar es que la designación de (...) como personero municipal, tuvo como precedente la declaratoria de nulidad de su elección como personero de esa entidad territorial para el periodo 2020-2024, a través de sentencia del 14 de mayo de 2021, por vicios en el proceso de selección, toda vez que no fue adelantado por una institución o universidad de educación superior especializada en concursos de méritos. Adicionalmente, se insiste en que el acto acusado es la Resolución 160 del 5 de diciembre de 2021, dictada por el Concejo Municipal de La Dorada, por la cual se efectuó una designación transitoria. (...). Ante la configuración de una falta absoluta, el Concejo debe realizar una nueva elección para el periodo restante, lo que implica el desarrollo y culminación en todas sus etapas de un nuevo proceso meritocrático, tal como lo consagra el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, con la modificación introducida por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012. Por su parte, el artículo 172 de la misma Ley 136 de 1994, consagra la forma de proveer las faltas absolutas y temporales del personero. (...). [L]as faltas absolutas del personero se proveen mediante la realización de un proceso meritocrático, en tanto que las faltas temporales se suplen con el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero. En caso contrario, lo designará el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, le corresponderá al alcalde. En todo caso, se deberán acreditar las calidades que exige la ley para ocupar el cargo. (...). Ahora bien, de acuerdo con la exposición de motivos del acta de la sesión del 5 de diciembre de 2021, que precedió a la expedición de la Resolución 160 de esa misma fecha, del Concejo Municipal de La Dorada, la finalización del proceso meritocrático para la elección del personero estaba prevista para el 20 de diciembre de esa anualidad, según el cronograma del concurso. Asimismo, luego de verificar que en la estructura orgánica de la Personería no existía un profesional que siguiera en orden de jerarquía al personero para cubrir la vacancia y con el fin de no discontinuar, interrumpir o retrasar el ejercicio de la función pública, se designó en forma transitoria a (...) como personero encargado hasta que concluyera el referido proceso de selección. (...). A partir de lo expuesto, la Sala no encuentra que el acto acusado esté viciado de nulidad por expedición irregular o por infracción en la normatividad en la que debía fundarse, si se tiene en cuenta que la designación cuestionada se hizo con el propósito de continuar con la prestación del servicio público de la Personería, lo cual responde, como se explicó, a los principios de celeridad, eficacia y eficiencia; además, el mecanismo empleado para ese fin obedeció a la facultad discrecional de los Concejos Municipales para realizar el nombramiento en forma transitoria mientras culmina el concurso de méritos, sin que para ello sea imperioso que se haga una convocatoria a la ciudadanía tendiente a que los interesados participen en la elección.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 7 de julio de 2022; C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 17001-23-33-000-2022-00001-01.](#)

### **Aclaración de voto de la magistrada Rocío Araujo Oñate**

#### **NOMBRAMIENTO EN ENCARGO DEL PERSONERO MUNICIPAL**

**Tesis:** “[E]n el análisis realizado pudo profundizarse en las circunstancias que llevaron al Concejo Municipal de La Dorada a realizar 3 encargos en favor del demandado, mientras designaba definitivamente al personero de la entidad territorial. En efecto, se recuerda que luego de que el anterior cargo quedara vacante, como consecuencia de la sentencia del 14 de mayo de 2021 del Tribunal Administrativo de Caldas, que declaró la nulidad de la elección efectuada en favor del [demandado], (I) el 4 de junio de 2021 el concejo municipal encargó del empleo al anterior ciudadano por tres meses, (II) esta designación se prorrogó por el mismo término, mediante la Resolución 115 del 30 de agosto de 2021 y; (III) que tal nombramiento lo extendió a través de la Resolución 115 del 30 de agosto de 2021, hasta que se supliera la vacante de manera definitiva. Si bien es cierto, la última de las resoluciones fue contra la que se ejerció el medio de control de nulidad electoral, y por ende, respecto de la cual debía circunscribirse el juicio de legalidad, la misma estuvo precedida de 2 prórrogas efectuadas por el Concejo de La Dorada en favor del demandado; es decir, del ciudadano cuya elección fue declarada nula por el Tribunal Administrativo de Caldas el 14 de mayo de 2021, en razón a que el primer proceso de selección que se efectuó fue realizado por una institución que no tenía la idoneidad y capacidad legalmente establecida para tal efecto. [Se destaca] esta circunstancia, porque frente al cargo relativo al desconocimiento de los principios de la

función pública con la designación enjuiciada, (...) la sentencia pudo dar cuenta de manera más detallada de los trámites que tuvo que adelantar y las dificultades que tuvo que superar el Concejo Municipal para llevar cabo de manera expedita el concurso de méritos para suplir la vacante del cargo de personero, y por consiguiente, superar en el menor tiempo posible la situación de interinidad que se presentó, que conllevó a que en 3 oportunidades tuviera que acudir a la figura del encargo para no dejar desprovisto un empleo de vital importancia para la protección de los derechos fundamentales de los habitantes del municipio. Ahora bien, este es un proceso que como se adelantó, hubiera sido digno de investigación disciplinaria, pues se entiende, vistas las prórrogas sucesivas, como una manera de mantener en un empleo a una persona, por fuera de los cánones del procedimiento legal para elegir al Personero. Dicho análisis, el que reclamo de la sentencia, hubiera permitido profundizar en las razones que llevaron a la autoridad municipal a encargar en 3 oportunidades a la misma persona del cargo de personero, y por ende, advertir si en tal elección eventualmente pudo incurrirse en una conducta contraria al ordenamiento jurídico, aunque vale la pena aclarar, desde la perspectiva del medio de control de nulidad electoral, que es el que ocupó la atención de la Sala en esta oportunidad, el actor no brindó elementos de juicio suficientes para predicar con certeza el desconocimiento de las normas y principios invocados.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 7 de julio de 2022; Aclaración de voto Rocío Araujo Oñate, radicación: 17001-23-33-000-2022-00001-01.](#)

## 4. Se confirmó la decisión que negó la nulidad de la designación del rector de la universidad del Atlántico.

**Síntesis del caso:** *Se demandó la nulidad de la designación del rector de la Universidad del Atlántico, alegando que el demandado, (i) había ocupado dos cargos públicos de manera simultánea y (ii) que estaba inhabilitado para ser rector dentro del año siguiente a su retiro del Consejo Superior de la Universidad. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, luego de establecer, de una parte, que la inhabilitación alegada aplica solamente para los servidores públicos de elección popular, la cual no puede extenderse por analogía a la designación del demandado como rector de la universidad; de otra parte, que la prohibición alegada no aplica en principio al rector o miembros de los consejos superiores de las universidades públicas y que tampoco está incluida en el estatuto general de la Universidad del Atlántico. Además, que la prohibición del artículo 10 del Decreto 128 de 1976, se configura por la celebración de contratos de prestación de servicios y no por la vinculación originada de una relación legal y reglamentaria, como ocurre en el caso del demandado.*

### MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL / ELECCIÓN DEL RECTOR DE LA UNIVERSIDAD

**Problema jurídico:** *La Sala debe definir si la inhabilitación (artículo 179 de la CP) y la prohibición (artículo 10 del Decreto 128 de 1976) alegadas son aplicables caso concreto; y de serlo, si el demandado incurrió en ellas. Con tal fin, se debe determinar, por una parte, si el demandado ocupó dos cargos públicos de manera simultánea, contrariando el ordenamiento jurídico; y por otra, si estaba inhabilitado para ser rector dentro del año siguiente a su retiro del Consejo Superior de la universidad.*

**Tesis:** “[L]a inhabilitación establecida (artículo 179 ordinal 8 C.P.) es para los servidores públicos de elección popular, para ser elegidos simultáneamente para dos corporaciones, o para una corporación y un cargo o para dos cargos, si el período coincide, aunque sea parcialmente, por lo que debe ser interpretada de forma restrictiva y por analogía no se pueden extender sus efectos a la designación del demandado como rector de la Universidad del Atlántico, como lo pretendió uno de los apelantes. (...). Por las anteriores razones, el presente argumento de la apelación (...) no tiene vocación de prosperidad y, por lo mismo, la Sala se releva de analizar la naturaleza del periodo del demandado como representante principal de las directivas académicas ante el Consejo Superior de la Universidad del Atlántico. (...). A través del Decreto 128 de 1978, el presidente de la República expidió el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de éstas. (...). Respecto de la prohibición establecida para los miembros de juntas o consejos y gerentes o directores de establecimientos públicos, de las empresas industriales o comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta en las que la Nación o sus entidades posean el 90% o más de su capital social, la Sección Quinta del Consejo de Estado se ha pronunciado en varias oportunidades. Así, en Sentencia del 13 de octubre de 2016, explicó que dicha prohibición en principio no es aplicable al rector o miembros de los consejos superiores de las universidades públicas, salvo que, con fundamento en el principio de autonomía y autorregulación de estas (artículos 28 y 67 de la Ley 30 de 1992), se incluyan

expresamente en sus estatutos. Ahora bien, en cuanto al alcance de la prohibición del artículo 10 del Decreto 128 de 1976, en providencia del 15 de diciembre de 2021, se aclaró que esta no aplica cuando la vinculación derive de una relación legal y reglamentaria. En el presente caso, el Consejo Superior de la Universidad del Atlántico, mediante el Acuerdo nro. 5 del 10 de agosto de 2021, reglamentó y convocó el proceso de elección del rector de dicha institución, en vigencia del Acuerdo nro.1 del 23 de julio de ese mismo año, con el que se adoptó el estatuto general de dicho centro educativo. (...). Ahora, revisados el estatuto general de la Universidad del Atlántico (Acuerdo nro. 1 del 23 de julio de 2021), vigente para la fecha en que se reglamentó y convocó el proceso de elección del rector de dicha institución, a través de una convocatoria pública, en este caso, el Acuerdo nro. 5 del 10 de agosto de 2021, en el que fijaron las reglas y condiciones de participación, no se encuentra que se hubieran incorporado los impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones establecidos por el Decreto 128 de 1976 a dicho cuerpo normativo interno. Adicional a lo anterior, y conforme al alcance que se le debe dar a la prohibición del artículo 10 del Decreto 128 de 1976, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, ella se configura por la celebración de contratos de prestación de servicios y no por la vinculación originada de una relación legal y reglamentaria, como ocurre en el caso del demandado, quien fue designado rector de la Universidad del Atlántico, por el Consejo Superior de dicho ente educativo, mediante el Acuerdo nro. 14 del 11 de octubre de 2021. Por las anteriores razones, los argumentos de los apelantes frente a la configuración de la prohibición del artículo 10 del Decreto 128 de 1976 no prosperan.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 11 de agosto de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 08001-23-33-000-2021-00559-01.](#)

8  
SENTENCIAS DE  
UNIFICACIÓN



**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación, determinó la norma aplicable en la pensión gracia para el requisito de convivencia de los beneficiarios de la sustitución pensional o la pensión de sobrevivientes.

*Síntesis del caso: El cónyuge supérstite de una docente solicitó el reconocimiento y pago de la pensión gracia post mortem y su sustitución. La administración negó la solicitud por considerar que se busca el reconocimiento de una pensión de sobreviviente para lo cual no acreditó la convivencia durante los últimos 5 años anteriores al deceso de la maestra, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.*

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PENSIÓN GRACIA / REGULACIÓN LEGAL DE LA PENSIÓN GRACIA / SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / NORMA APLICABLE A LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES / NORMA APLICABLE A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE DE LA PENSIÓN GRACIA /**

*Problema jurídico : ¿En el caso de la pensión gracia la norma aplicable para el requisito de convivencia de los beneficiarios de la sustitución pensional y pensión de sobrevivientes son las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, que exigen 5 años de convivencia del cónyuge supérstite o compañero permanente con el causante; o la Ley 71 de 1988, reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, que en el caso del cónyuge supérstite solo exige el vínculo matrimonial y que al momento del deceso hiciera vida en común con el causante; y para el compañero permanente requería que hubiere hecho vida marital con el docente durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento.?*

**Tesis :**“La Sala considera que las normas que rigen el requisito de convivencia de los beneficiarios del docente fallecido para efectos de la sustitución de la pensión gracia no son la Ley 71 de 1988 y el Decreto 1160 de 1989, sino la Ley 100 de 1993 y las normas complementarias, cuando el docente fallece en su vigencia. Es interesante destacar en el punto materia de estudio que la sustitución pensional es una prestación para el grupo familiar, no para el docente en sí mismo considerado. Así pues, las normas que regulan la sustitución pensional difieren de las que regulan la pensión de vejez, porque es una prestación que cubre una contingencia diferente, la muerte, y no la vejez; el derecho se causa en razón del deceso del causante; y los beneficiarios deben cumplir los requisitos previstos de forma específica para adquirirla, en cuanto al tiempo de convivencia o dependencia económica. Con fundamento en los anteriores razonamientos se establece que al ocurrir la muerte del docente o del pensionado se habilita a los beneficiarios para reclamar la sustitución de la pensión gracia, pues como ya se dijo, la pensión gracia es sustituible conforme las normas generales en materia pensional, lo que obliga a remitirse a los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento. Razonamiento que excluye la aplicación de la Ley 71 de 1988 y el artículo 7 del Decreto 1160 de 1989, si el deceso acontece en vigencia de la Ley 100 de 1993. Máxime cuando en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005 los requisitos para adquirir la pensión de sobrevivencia serán los establecidos por el Sistema General de Pensiones. En todo caso, la aplicación de la Ley 100 de 1993 en los eventos que sea la norma vigente para la sustitución de la pensión gracia, respecto a los requisitos que deben demostrar los beneficiarios, se aplica en tanto sea compatible con la citada prestación especial. Esto denota que no se habilita a reconocer la pensión de sobrevivientes con fundamento en el numeral 2 del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que la prevé para “Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento”. Este planteamiento se explica porque la pensión gracia es especial y gratuita pues se creó en 1913 como una recompensa para atraer a los maestros para que trabajaran en zonas apartadas; se reconoce aun cuando el maestro no está afiliado al ente de previsión que la concede, ni efectuó aportes; y los tiempos fueron laborados para las entidades territoriales y no para la Nación, quien asume el pago. De esta forma, la aplicación de la Ley 100 de 1993 en materia de pensión gracia sobre la convivencia para los beneficiarios del docente que laboró 20 años de servicio, se explica en tanto como norma general complementa una pensión especial; pero, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad no puede conllevar a que también proceda el reconocimiento de la pensión gracia de sobrevivientes con 50 semanas de cotización, porque la vocación de sustituibilidad de una pensión creada como especial y transitoria no puede llevar a perpetuar una regulación de un tiempo pretérito (1913), creada para compensar salarialmente a los maestros de primaria de las regiones apartadas. Para la Sala,



la aplicación del Sistema General de Pensiones, en materia de pensiones de sobrevivencia, de modo alguno puede ser absoluta hasta petrificar e *“impedir la puesta en marcha de las reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de derechos de la comunidad (...), es decir, su aplicación debe ser razonable y proporcional al fin de no lesionar o comprometer otros derechos de interés público y social”*. Como se enunció previamente, la Ley 100 de 1993 es el resultado de una reforma pensional centrada en la cotización y el principio de solidaridad cuya *“finalidad es que los aportes financieros proceden de la contribución de los miembros de la sociedad económicamente activos, según su capacidad económica”*. Así, el sistema está enmarcado en un régimen de financiación que *“se rige por el sistema de reparto, con base en la solidaridad entre generaciones, regulando las tasas de cotización, los periodos mínimos de fidelidad o de carencia y la racionalización de los requisitos de edad o de número de semanas cotizadas”*. (...) Por ende, para reconocer la sustitución de la pensión gracia al cónyuge supérstite o al compañero permanente, se aplican las normas del Sistema General de Pensiones sobre convivencia en materia de pensión de sobrevivientes, si son los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento. Por consiguiente, no es suficiente con demostrar la existencia del vínculo matrimonial, o de la convivencia al momento del fallecimiento, en tanto, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado.(...) **Conclusiones y regla de unificación** :La pensión gracia es una prestación especial, gratuita, no requiere afiliación ni aportes. Por tanto, visto que no contiene una regulación propia sobre la sustitución pensional, la jurisprudencia ha aplicado las normas generales. La norma aplicable en materia de sustitución pensional es la vigente para la fecha del fallecimiento del maestro o del docente pensionado. Acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005 los requisitos de los beneficiarios de la sustitución pensional y pensión de sobrevivientes, en cuanto a la convivencia, son los previstos en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, contenidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, si son las normas vigentes para la fecha del fallecimiento del causante. El Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que *“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”*, lo que se debe leer en armonía con el criterio según el cual la norma aplicable en materia de sustitución pensional es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante. En todo caso, la aplicación de la Ley 100 de 1993 y complementarias, respecto a los requisitos que deben demostrar los beneficiarios, si es la norma vigente para la fecha del fallecimiento del maestro o del pensionado, se aplica en tanto sea compatible con la pensión gracia, como pensión especial. Por ende, para reconocer la sustitución de la pensión gracia al cónyuge supérstite o al compañero permanente, se aplican las normas del Sistema General de Pensiones sobre convivencia en materia de pensión de sobrevivientes, si son los preceptos vigentes para la fecha del fallecimiento, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo normas anteriores. En el caso de estar vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado. En consecuencia, la Sala establece la siguiente regla de unificación: La norma aplicable sobre el requisito de convivencia para el cónyuge supérstite o el compañero permanente en materia de sustitución de pensión gracia es la vigente para la fecha del deceso del causante, en armonía con lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que remite a las leyes del Sistema General de Pensiones, sin perjuicio de los derechos adquiridos bajo normas anteriores. En el caso de estar vigente el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se exige al cónyuge o al compañero acreditar no menos de 5 años de convivencia con el docente o el pensionado.”

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, sentencia de unificación de 11 de agosto de 2022, rad 23001233300020140044401\(2657-2017\)](#)

## **2. La Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación, fijó las reglas jurisprudenciales sobre la pensión de jubilación del régimen especial de los servidores 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 de los actos administrativos por los cuales la UGPP le negó la reliquidación de la pensión de jubilación por retiro definitivo del servicio con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, entre ellos la prima de riesgo de que trata el Decreto 2646 de 1994.*

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / RÉGIMEN ESPECIAL DE PENSIONES DEL DAS / LIQUIDACIÓN DE LAS PENSIONES DEL RÉGIMEN ESPECIAL**

## DEL DAS QUE SE CONSOLIDARON EN VIGENCIA DE LA LEY 100 DE 1993 / COTIZACIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO / PRIMA DE RIESGO DEL DECRETO 2646 DE 1994 Y SU INCIDENCIA EN EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN / OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR FRENTE A LOS APORTES PARA PENSIÓN

**Problema jurídico 1:** «¿La señora [...], quien se desempeñó como detective del Departamento Administrativo de Seguridad, tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios?»

**Tesis 1:** «[...] No es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios. Lo anterior comoquiera que la liquidación de la prestación debe efectuarse sobre el 75%, del promedio de los salarios o rentas que debían ser base de cotización durante los diez (10) años anteriores al disfrute efectivo de la pensión. Los factores salariales que deben incluirse son: asignación básica, bonificación por servicios prestados y la prima de riesgo, esta última por ser exdetective del DAS, en los términos definidos por la Ley 860 de 2003. En consecuencia, la prima de riesgo debe ser computada en el cálculo de la prestación, en los porcentajes señalados por el parágrafo 4.º del artículo 2 de la mencionada Ley 860 de 2003. [...]»

**Problema jurídico 2:** «¿Se debe ordenar el reconocimiento de intereses moratorios en favor de la demandante?»

**Tesis 2:** «[...] no resulta necesario ordenar en forma expresa el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que tratan los artículos 192 y 195 del CPACA pues, como se reitera, estos operan por ministerio de la ley y, por tanto, proceden en todos los casos de sentencia condenatoria por imperativo legal.»

### Reglas de unificación:

«[...] 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: 1. Los servidores que desarrollaron actividades de alto riesgo del DAS, cobijados por los regímenes de transición de que tratan los Decretos 1835 de 1994, 2090 de 2003 y la Ley 860 de 2003, tienen derecho a que se respeten las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto, entendido como el porcentaje o tasa de retorno, señalados por los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, sin embargo, el ingreso base de liquidación es el previsto por los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, este es: - Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. - Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. 2. Los factores salariales que se deben tener en cuenta para liquidar las pensiones aquí referidas son los devengados por el servidor que, de acuerdo con el Decreto 1158 de 1994 y demás normas aplicables, constituyen la base de cotización para pensión. En el caso del personal del DAS de que tratan los artículos 1 y 2 del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo prevista en este decreto debe incluirse para liquidar la pensión a partir de la entrada en vigor de la Ley 860 de 2003, en los porcentajes señalados por el artículo 2 de la misma ley, es decir: - En el 40%, desde el 26 de diciembre de 2003 hasta el 30 de diciembre de 2007. - En el 50%, desde el 31 de diciembre de 2007 hasta la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades, por disposición del Decreto 4057 de 2011. 3. Si el empleador no cumplió la obligación de realizar los descuentos en el porcentaje a su cargo y el del empleado destinados a las cotizaciones para el sistema de pensión sobre los factores devengados que, de conformidad con el Decreto 1158 de 1994 y la Ley 860 de 2003, debían ser base de cotización o si omitió el traslado de la cotización especial por alto riesgo, sin que la entidad de previsión social hubiera adelantado las gestiones pertinentes para su cobro, ello no es oponible al interesado para que la pensión especial se reconozca y liquide de acuerdo con los parámetros indicados en esta sentencia.»

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SUJ-028-CE-S2-2022 de 28 julio de 2022, radicación: 25000-23-42-000-2013-02380-01 \(2656-2014\)](#)

### 3. La Sección Segunda del Consejo de Estado fija regla de unificación en cuanto al entendimiento que

## debe otorgarse al artículo 15, numeral 2, literal a) de la Ley 91 de 1989 para efectos de reconocer la pensión gracia de jubilación.

**Síntesis del caso:** La accionante, actuando por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos del artículo 138 del CPACA, con el fin que se anularan las resoluciones expedidas por la Subdirección de Determinación de Derechos Pensionales y la Dirección de Pensiones de la UGPP: (i) RDP 003051 del 27 de enero de 2015, que le negó el reconocimiento de la pensión gracia; (ii) RDP 009070 del 6 de marzo de 2015, que desató el recurso de reposición interpuesto contra la anterior decisión y la confirmó; y (iii) RDP 014101 del 13 de abril de 2015, que resolvió el recurso de apelación incoado dentro de la actuación administrativa en comento y ratificó la postura de la entidad demandada, considerando que los tiempos laborados por la docente no podían estimarse para tales efectos.

**SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / PENSIÓN GRACIA / EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PENSIÓN GRACIA / REGULACIÓN LEGAL DE LA PENSIÓN GRACIA / FINALIDAD DE LA PENSIÓN GRACIA / BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN GRACIA / REQUISITOS DE LA PENSIÓN GRACIA / FACTORES DE LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN GRACIA / TIEMPO DE SERVICIO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN GRACIA**

**Problema jurídico:** «¿La demandante tiene derecho a que la UGPP reconozca, liquide y pague una pensión gracia, en aplicación del régimen consagrado en la Ley 114 de 1913 y demás normas que regulan dicha prestación?»

**Tesis:** «[...] El artículo 1 de la Ley 114 de 1913 dispuso que los maestros de escuelas primarias oficiales «que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley». Por su parte, las Leyes 116 de 1928 y 37 de 1933 consagraron la posibilidad de que los docentes obtuvieran la pensión gracia computando los años laborados en la enseñanza secundaria, normalista o como inspectores de instrucción pública, siempre y cuando cumplieran los demás requisitos fijados por el artículo 4 de la Ley 114 de 1913, pues estos no fueron modificados por la normativa posterior. Dentro de los requerimientos para acceder al mencionado beneficio, el artículo 4 ibidem incluyó el referente a que el educador no haya recibido o reciba «otra pensión o recompensa de carácter nacional». En virtud de dicho condicionamiento, la Sala Plena de esta corporación, mediante sentencia del 29 de agosto de 1997, concluyó que «la pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales». En la mencionada sentencia también se indicó que, con ocasión de la expedición de la Ley 91 de 1989, dicha pensión especial debe reconocerse a los docentes nacionalizados, ya que inicialmente contaban con una vinculación del orden territorial, pero fueron sometidos repentinamente a un cambio de tratamiento que los adscribió a la nación. [...] la pensión gracia se reconoce a los docentes que estén dentro de los siguientes supuestos: i) Vinculados «hasta el 31 de diciembre de 1980». ii) Que «tuviesen o llegaren a tener derecho». iii) Que «cumplan con la totalidad de los requisitos» previstos en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado. [...] Al interior de la jurisdicción se han identificado diversas posturas frente al sentido y alcance de la citada norma y de la Sentencia C-489 de 2000, que declaró su exequibilidad condicionada, las cuales se resumen a continuación: 1. El artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 permitió que los docentes con vinculación territorial o nacionalizada anterior al 31 de diciembre de 1980 accedieran a la pensión gracia, siempre y cuando hubieran cumplido los 20 años de servicio al 29 de diciembre de 1989. 2. El artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 permitió que los docentes con vinculación territorial o nacionalizada anterior al 31 de diciembre de 1980 accedieran a la pensión gracia, para lo cual podrían sumar los tiempos laborados con posterioridad al 29 de diciembre de 1989. [...] el artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 no exige que al 31 de diciembre de 1980 el docente debe encontrarse en servicio activo, pues lo que el texto preceptúa es que dicha fecha «es el límite máximo para que el educador se vincule, siendo viable que haya sido con antelación a la mencionada calenda», es decir, que no es válido imponer un requerimiento adicional que no previó el legislador para restringir el acceso a la prestación. Igualmente, esta corporación ha explicado que para el reconocimiento de la pensión gracia a los «docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980», la aludida norma no estableció exigencia alguna frente a los siguientes aspectos: a. contar con determinado período de vinculación con anterioridad al 31 de diciembre de 1980; b. que los servicios prestados como docente sean

continuos o interrumpidos; c. que para la referida fecha el maestro deba tener un vínculo laboral vigente. Así las cosas, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado se ha encaminado a afirmar que la condición para el reconocimiento de la pensión gracia «es que la vinculación del docente territorial sea anterior al 31 de diciembre de 1980, contando tiempos posteriores siempre y cuando se demuestren como nacionalizados o territoriales». [...] La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-489 de 2000, declaró exequible la expresión «vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980», pero bajo el entendido de que «las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer». [...] En virtud del anterior lineamiento jurisprudencial, algunos juzgados y tribunales administrativos del país han sostenido que la Sentencia C-489 de 2000 dispuso un límite temporal, consistente en que la pensión gracia únicamente se podría reconocer a quienes hubieran reunido todos los requisitos antes del 29 de diciembre de 1989; sin embargo, esta conclusión no se desprende del texto de la referida providencia y resulta contradictoria con las demás sentencias de constitucionalidad que han abordado asuntos similares. [...] el referido supuesto no fue objeto de pronunciamiento, la Corte Constitucional tampoco sostuvo de manera expresa que los docentes vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 solo tenían hasta el 29 de diciembre de 1989 para alcanzar la edad y el tiempo de servicios propios de la pensión gracia; [...] mediante la Sentencia C-954 de 2000, se declaró la exequibilidad del artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989, puesto que no vulneró el derecho a la igualdad de los docentes que ingresaron al servicio después del 31 de diciembre de 1980, sino que buscó «garantizar y reconocer el derecho a la pensión gracia de “Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980”, en los términos en que la prestación fue concebida por las disposiciones legales que la consagran, desarrollan y modifican». [...] En las Sentencias C-479 de 1998 y C-915 de 1999 se analizó la constitucionalidad de las Leyes 114 de 1913 y 37 de 1933 por considerar que, aunque fueron derogadas por la Ley 91 de 1989, continuaban produciendo efectos, esto es, seguían vigentes para los docentes que se vincularon con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 y que «cumplieron o llegaren a cumplir los requisitos» exigidos para obtener tal beneficio pensional. La anterior conclusión también fue plasmada en la Sentencia C-085 de 2002, que estudió la constitucionalidad de la Ley 116 de 1928 partiendo del supuesto de que la Ley 91 de 1989 «distinguió dos situaciones en relación con los docentes, una, para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y, otra, para los vinculados a partir del 1º de enero de 1981, teniendo en consideración, para los primeros, la naturaleza del vínculo, según lo dispuesto en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1937, entre otras». Por lo anterior, se estimó necesario analizar la exequibilidad de la Ley 116 de 1928, porque siguió aplicándose «respecto de los docentes nacionalizados, es decir, los vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, por las entidades territoriales». [...] la Sentencia C-084 de 1999 estableció que la pensión gracia «sólo subsiste para los docentes que se vincularon al servicio oficial antes del 31 de diciembre de 1980», es decir, que mantuvo sus efectos aún con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989, pues esta así lo dispuso expresamente en su artículo 15. A partir de dicha premisa, se sostuvo que «[e]llo significa, a contrario sensu, que ella [alude a la pensión gracia] no rige para los vinculados a partir del 1º de enero de 1981, pues éstos docentes, “nacionales y nacionalizados”, tendrán derecho “sólo a una pensión de jubilación [...]”». [...] Mediante la Sentencia SU-014 de 2020, la Corte Constitucional explicó que el artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 «solo tiene una lectura posible, esto es, la interpretación literal, gramatical y finalista, conforme a la cual, los profesores de primaria, los empleados y docentes de las Escuelas Normales, los inspectores de instrucción pública y los docentes oficiales de secundaria aún podrían acceder a la prestación siempre que se hubiesen vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980 y cumplieran los demás requisitos de ley». A partir de dicho entendimiento, se reconoció la pensión gracia a una docente que se vinculó antes de la referida fecha y consolidó su estatus con posterioridad a la promulgación de la Ley 91 de 1989. [...] Los razonamientos anteriormente expuestos en cuanto a la lectura que debe darse al artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 son congruentes con los principios de favorabilidad en materia laboral y pro homine, los cuales derivan de la filosofía humanista que inspira el ordenamiento constitucional colombiano y obligan a que «siempre, sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera aquella que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental». Además, dichas conclusiones son expresión del deber que tienen las autoridades judiciales de resolver bajo una hermenéutica que no suprima, limite o excluya el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el bloque de constitucionalidad o en las normas internas. Este hilo argumentativo cobra especial relevancia en la materia analizada, toda vez que el litigio recae sobre un asunto pensional, cuyo carácter es irrenunciable, afecta al ramo docente y repercute en la congrua subsistencia de los maestros que durante más de 20 años se han desempeñado con idoneidad, honradez, consagración y buena conducta en una profesión de altísima responsabilidad e importancia para la población, [...] la Sección Segunda del Consejo de Estado fija la siguiente regla de unificación en cuanto al entendimiento que debe otorgarse al artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 para efectos de reconocer la pensión gracia de jubilación: Los docentes pueden acceder a la pensión gracia antes y después del 29 de diciembre de 1989, siempre y cuando acrediten una vinculación territorial o nacionalizada con antelación al 31 de diciembre de 1980 y cumplan con los demás requisitos legalmente establecidos para su reconocimiento. [...] en torno a los efectos de las providencias de unificación, las reglas jurisprudenciales fijadas en esta sentencia son vinculantes en los siguientes casos: (i) respecto de

los asuntos similares que actualmente se están tramitando en sede administrativa; (ii) respecto de los procesos similares que se están adelantando en juzgados, tribunales administrativos y Consejo de Estado. En consecuencia, no tiene efectos respecto de aquellos asuntos en los que ya existe sentencia ejecutoriada. En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos están amparados por la cosa juzgada y, por ende, resultan inmodificables. [...] La señora (...) demostró que laboró en el magisterio oficial durante más de 20 años como docente de primaria, en plazas clasificadas como nacionalizadas y territoriales. Igualmente, tuvo una experiencia como educadora anterior al 31 de diciembre de 1980, por ende, en lo que respecta al tiempo de servicio, cumple con los presupuestos previstos por las Leyes 114 de 1913 y 91 de 1989 para ser acreedora del beneficio pensional pretendido. [...] La demandante tuvo vinculaciones en interinidad, las cuales son válidas para obtener la pensión gracia objeto de controversia. [...] las vinculaciones en interinidad son computables para acceder a la pensión gracia, pues lo relevante es la prestación efectiva del servicio en el ramo docente del orden territorial o nacionalizado, lo cual se acreditó en el sub lite. [...] El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio certificó que la actora fue vinculada como docente por contratos de prestación de servicios durante los años 1993 y 1994, los cuales también deben computarse para efectos de obtener la pensión gracia. [...] Conforme al anterior lineamiento interpretativo, en el sub lite se computarán los tiempos laborados por la actora en virtud de contratos de prestación de servicios, celebrados con el alcalde del municipio de Sogamoso y que se pagaron con recursos propios de dicho ente territorial, en razón a que la normativa especial no excluyó tal modalidad contractual para el acceso a dicho beneficio laboral; por el contrario, lo relevante es que el interesado demuestre haber trabajado en el magisterio oficial como maestro territorial o nacionalizado, así como tener una experiencia docente anterior al 31 de diciembre de 1980. Es pertinente aclarar que esta tesis es consonante con el mandato constitucional de privilegiar la realidad sobre las formalidades en aras de garantizar el acceso de los trabajadores a sus derechos mínimos laborales. Igualmente, esta decisión se adopta en razón a las particularidades del caso concreto, esto es, por el ejercicio de la función docente, la cual de manera reiterada se ha considerado que por su naturaleza implica subordinación, prestación personal del servicio y el cumplimiento de condiciones de formación y experiencia que denotan la existencia de un verdadero vínculo laboral entre la administración y los educadores, quienes deben someterse a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, a los contenidos curriculares y al calendario escolar. [...] para demostrar la calidad de docente territorial «se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial». [...] La señora (...) cuenta con más de 50 años de edad y durante su ejercicio como docente no se registraron sanciones disciplinarias, es decir, que cumple con los requisitos de edad, buena conducta y desempeño laboral con honradez y consagración previstos por la Ley 114 de 1913 para el reconocimiento del beneficio pensional reclamado. [...] Así las cosas, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se declarará la nulidad de los actos acusados y se ordenará el reconocimiento y pago de la pensión gracia pretendida, en cuantía del 75% del promedio de los factores devengados por la demandante en el año anterior a la consolidación de su estatus pensional, comprendido entre el 21 de mayo de 2008 y el 21 de mayo de 2009, con inclusión de la asignación básica y las doceavas partes de las primas de vacaciones docentes y de navidad. La referida liquidación es consonante con los artículos 4 de la Ley 4 de 1966, 5 del Decreto 1743 de 1966 y los lineamientos jurisprudenciales trazados por esta corporación frente al monto de la prestación, esto es, que «la pensión gracia debe liquidarse con base en los emolumentos devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional». Igualmente, se observa que el municipio de Sogamoso le pagó a la accionante las primas de vacaciones docentes y navidad con sujeción al régimen prestacional establecido por el Gobierno nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1045 de 1978 y 1381 de 1997. Ahora bien, conforme a la historia laboral de la actora, se concluye que al momento de cumplir los 50 años de edad contaba con más de 20 años de servicio como docente nacionalizada, es decir, al 21 de mayo de 2009; no obstante, la reclamación del derecho se verificó el 26 de septiembre de 2014, razón por la que operó el fenómeno de la prescripción trienal. En consecuencia, los efectos fiscales del reconocimiento pensional se decretarán a partir del 26 de septiembre de 2011. [...]»

### **Regla de unificación**

Con fundamento en los análisis precedentes, la Sección Segunda del Consejo de Estado fija la siguiente regla de unificación en cuanto al entendimiento que debe otorgarse al artículo 15, numeral 2, literal a), de la Ley 91 de 1989 para efectos de reconocer la pensión gracia de jubilación: Los docentes pueden acceder a la pensión gracia antes y después del 29 de diciembre de 1989, siempre y cuando acrediten una vinculación territorial o nacionalizada con antelación al 31 de diciembre de 1980 y cumplan con los demás requisitos legalmente establecidos para su reconocimiento.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación SUJ-030-CE-S2-2021 de 11 de agosto de 2022, radicación: 15001-23-33-000-2016-00278-01 \(3018-2017\)](#)

**4. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al resolver un recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, determina que son procedentes los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se obtenga la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, a razón de las sumas de dinero recibidas por la parte demandante a título de salarios y prestaciones sociales percibidos de relaciones de trabajo en el sector público.**

*Síntesis del caso: En ejercicio del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, la parte demandante solicita que se infirme la sentencia de segunda instancia emitida el 13 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander, con el fin de que se reconsidere la orden de descontar las sumas que hubiere percibido por concepto de salarios y prestaciones sociales en otras vinculaciones laborales que hubiese tenido con el Estado, como consecuencia de la orden judicial de su reintegro al servicio público.*

UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA

*Problema jurídico 1: ¿Son procedentes los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se obtiene la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, a razón de las sumas de dinero recibidas por la parte demandante, a título de salarios y prestaciones sociales percibidas en relaciones de trabajo en el sector público, por incurrirse en la prohibición constitucional de doble erogación con cargo al erario?*

*Tesis 1: “[D]ebe mencionar la Sala Plena que a través de la sentencia SU-691 del 21 de septiembre de 2011, la Corte Constitucional para reiterar las reglas de la SU-917 del 16 de noviembre de 2010, analizó la situación de los servidores públicos que durante el lapso de su desvinculación tuvieron algún vínculo laboral con el Estado. Sobre el particular adicionó un nuevo elemento al acoger la posición de la sección segunda del 16 de mayo de 2002, antes reseñada, apartándose del criterio de la Sala Plena del Consejo de Estado, por considerar que la orden dada en la sentencia del juez administrativo de pagar al empleado público los emolumentos dejados de percibir durante todo el tiempo que estuvo desvinculado del servicio, debía acompañarse con una previsión acerca de la necesidad de descontarle lo que la persona hubiere percibido del erario por concepto de salarios y prestaciones derivadas del ejercicio de otros empleos públicos en ese período. En lo relativo a los descuentos a la condena por los salarios y prestaciones derivadas de otra relación laboral con el Estado, la mencionada regla fue reiterada por la Corte*

Constitucional en las sentencias SU-556 del 24 de julio de 2014 y SU-354 del 25 de mayo de 2017. Según las anteriores pautas, el pago de los salarios o prestaciones dejados de recibir por un empleado público hasta el momento en que sean reconocidos sus derechos de manera judicial, debe asimilarse a título de restablecimiento del derecho; en consecuencia, procede descontar de éste lo que la persona haya devengado o percibido como ingreso salarial y prestacional durante el mismo lapso, debido a que afecta al erario, que resulta ser la misma fuente de donde se originan los recursos que pagan la sentencia dictada en favor del accionante, y de este modo cobra sentido la prohibición constitucional contenida en el artículo 128 superior. (...) La Sala Plena, siendo consecuente con las conclusiones alcanzadas a lo largo de esta providencia, de manera autónoma y separada a lo esbozado por la Corte Constitucional, considera a la condena derivada de la sentencia que anula un acto particular como un verdadero restablecimiento del derecho para el demandante, por regla general, pues, por virtud de los efectos de la sentencia de nulidad, éste recupera la situación administrativa de servicio activo y, con ello, la causa lícita de percibir los salarios y prestaciones sociales causadas para el periodo de cese de la relación laboral inicial, los cuales no pueden coincidir en el tiempo con ninguna otra remuneración, retribución o asignación proveniente del erario, dada la prohibición constitucional prevista en el artículo 128 superior, refrendada así en el canon 17 de la Ley 4ª de 1992, salvo las excepciones allí previstas. (...) Por lo anterior, se encuentran razonables y acordes con las normas constitucionales y legales, los descuentos que se ordenan respecto de la condena obtenida en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral, por los valores recibidos a título de salarios, prestaciones sociales provenientes de relaciones laborales con el Estado. (...) La Sala Plena, a partir de la exposición efectuada y de las conclusiones que obtuvo, fija la siguiente regla de unificación jurisprudencial: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, estableciendo que son procedentes los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que resuelve el litigio inmiscuido dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, donde se obtiene la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad, a razón de las sumas de dinero recibidas por la parte demandante a título de salarios, prestaciones sociales percibidos de relaciones de trabajo en el sector público, por incurrirse en la prohibición constitucional de doble erogación con cargo al erario. (...) La Sala Plena, por regla general, ha dado aplicación a los fallos de unificación en forma retrospectiva, efecto que se le dará a esta sentencia, disponiendo que la regla jurisprudencial fijada es vinculante para los casos pendientes de decisión en vía judicial a través de acciones ordinarias, y también para resolver recursos extraordinarios como el presente. En tal virtud, los conflictos judiciales ya resueltos, esto es amparados por la cosa juzgada, resultan inmodificables.”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el carácter de restablecimiento de derecho o indemnizatorio del reconocimiento del pago de derechos salariales y/o prestacionales reconocidos por vía judicial en los casos de órdenes de reintegro, ver: Consejo de Estado, sentencia del 5 de febrero de 1948, Consejero Ponente Pedro Gómez Parra; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de julio de 1996, Consejero Ponente Carlos Arturo Orjuela Góngora, expediente S-638; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 16 de mayo de 2002, Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero, expediente 1659-01; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de enero de 2008, Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 76001233100020000204602; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de agosto de 2009, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 1267-2007; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2008, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 8239-2005; Consejo de Estado, Sala Octava Especial de Decisión, sentencia del 3 de febrero de 2015, Consejera Ponente María Elizabeth García González; expediente 11001-03-15-000-2003-00169-00(S) y Corte Constitucional, sentencias SU-691 de 2011, SU-917 de 2010, SU-556 de 2014 y SU-354 de 2017.

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FINALIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / ALCANCE DE LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico 2: ¿El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia bajo estudio está llamado a prosperar respecto de la sentencia analizada al haber acogido la tesis prohijada por la Corte Constitucional en una sentencia de unificación y no la regla de unificación del Consejo de Estado en lo*

*que respecta a los descuentos de los salarios y prestaciones percibidos por el desempeño de otro cargo público de quien se ordenó reintegrar al servicio público en virtud de una orden judicial?*

**Tesis 2:** “Para la Sala, el fallo del Tribunal Administrativo de Santander tuvo en cuenta que las decisiones de unificación de la Corte Constitucional, cuando marcan el contenido y el alcance de los derechos fundamentales, también son vinculantes en el seno de la jurisdicción contenciosa, razón por la cual no puede predicarse de aquella corporación judicial una acción desprovista de causa o desapegada de la jurisprudencia coercitiva y pertinente al caso. Por el contrario, fue coherente con el sistema de fuentes que se describen desde la ley, y lo que condiciona su validez con la norma superior. En este particular, la Sala tiene en cuenta que, para el momento de dictarse el fallo de segunda instancia, recurrido en forma extraordinaria en esta oportunidad, ya se había proferido la sentencia SU-556 del 24 de julio de 2014, razón por la cual, era perfectamente viable que se fundamentara en ésta, a partir de lo que de su naturaleza en sede de constitucionalidad en abstracto ya había dicho la misma Corte. (...) Así las cosas, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso ordinario identificado con el radicado 68679-33-33-751-2012-00074-01, no está llamado a prosperar, y en consecuencia se declarará infundado”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico 1: ¿Era necesario definir en el fallo de unificación sobre los topes o límites a los dineros reconocidos como restablecimiento del derecho con ocasión de la declaratoria de nulidad del acto de desvinculación de un nombramiento en provisionalidad?*

**Tesis 1:** “[C]onsidero necesario aclarar mi voto, por las razones que pasarán a explicarse. En la providencia nada se dijo sobre los topes o límites al restablecimiento, lo cual considero que era fundamental definir en este fallo de unificación. En mi criterio, en atención a la estabilidad relativa en el cargo que se predica de los empleados públicos designados en provisionalidad, se debe limitar las sumas de dinero reconocidas como restablecimiento del derecho al que haya lugar. De manera que, resulta razonable y proporcional limitar el pago de salarios y prestaciones percibidos con ocasión de la declaratoria de nulidad del acto de desvinculación de un nombramiento en provisionalidad de acuerdo con el tope que sobre ese particular fijó la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014”.

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico 2: ¿Las deducciones en el restablecimiento del derecho obtenido, respecto de los ingresos recibidos por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto de su desvinculación,*



*se deben limitar aquellos provenientes del sector público y no a los que obtenga del sector privado o como independiente?*

**Tesis 2:** “[C]onsidero necesario aclarar que, aun cuando la providencia objeto de análisis solo unificó respecto a los descuentos que deben realizarse a la condena que obtiene un empleado en provisionalidad por su retiro ilegal, provenientes del sector público, lo cierto es que, en el fallo se afirmó que se “alineaba” a lo dispuesto por la Corte Constitucional sobre el particular. No obstante, dicha Corte se pronunció no solo sobre tales descuentos, también respecto de aquello que el empleado en provisionalidad haya obtenido en el sector privado durante el tiempo que fue desvinculado. Sobre el particular, debo advertir que en mi criterio, los descuentos de los ingresos obtenidos en el sector privado, durante el tiempo en que se pretende el restablecimiento del derecho por el acto ilegal que desvinculó al empleado provisional, no debe proceder. La razón: como se advirtió en líneas precedentes, se trata de un verdadero restablecimiento del derecho y la providencia de unificación se sustentó en que, el descuento de las sumas obtenidas en el sector público por un empleado en provisionalidad que fue desvinculado de manera ilegal obedece a la prohibición prevista en el artículo 128 de la Constitución Política, que impide devengar más de una asignación del tesoro público. Luego, a mi juicio, las deducciones en el restablecimiento del derecho obtenido, respecto de los ingresos recibidos por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto de su desvinculación, se deben limitar aquellos provenientes del sector público y no a los que obtenga del sector privado o como independiente”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Aclaración de voto Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

#### **Aclaración de voto del consejero Cesar Palomino Cortés**

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico: ¿La regla de unificación que permite las deducciones en el restablecimiento del derecho obtenido por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto de su desvinculación, no se debe hacer extensiva a las relaciones laborales que haya tenido en el sector privado?*

**Tesis:** “[C]uando el Tribunal autoriza descuentos de los salarios que la demandante devengó en otra relación laboral, lo hace amparado por un mandato superior contenido en la Constitución Política, que irradia todo el sistema normativo y la actuación del juez. Dicha prohibición está contenida en el artículo 128 de la Carta Política y es una verdadera excepción que, en mi sentir, solo opera por vinculaciones de trabajo en el sector público y, en ese contexto, hacer los descuentos extensivos a vinculaciones en el sector privado sería, contrario a la Constitución y violatorio de las normas internacionales, por las razones arriba señaladas. En esa misma línea tampoco se comparte que la providencia producto de esta aclaración de voto se remita a la sentencia de la Corte Constitucional SU-691 de 2011, cuando señala que de no ordenarse los descuentos en todas las relaciones laborales sin distinguir se incurriría en un enriquecimiento sin justa causa”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Aclaración de voto Cesar Palomino Cortés, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL**

**EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico: ¿La regla de unificación que permite las deducciones en el restablecimiento del derecho obtenido por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto de su desvinculación, debe hacerse extensiva a las relaciones laborales que haya tenido en el sector privado?*

**Tesis:** “[D]ebo decir que los descuentos de la condena por vínculos laborales privados también están autorizados, conforme con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, que, desde luego, comparto. Dicha autorización ha sido construida a partir del entendimiento de que la indemnización del daño debe tasarse teniendo en cuenta, entre otras cosas, el tiempo en que la persona permaneció cesante por el retiro injustificado para calcular así el lucro cesante, como forma de reparación. Si la persona se reincorpora al campo laboral (público o privado) deja de estar cesante y empieza a recibir ingresos laborales para lograr su autosostenimiento, lo que empieza a recibir debe descontarse de la condena judicial reconocida para evitar el reconocimiento de sumas excesivamente onerosas. En el caso de los empleados que provisionalmente ocupan cargos de carrera, mi opinión es que la indemnización (que, desde luego, debe ser integral) tiene límites razonables para que se autorice el descuento de todo lo que la persona, durante el periodo de desvinculación, percibió como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Aclaración de voto Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

**Aclaración de voto del consejero Luis Alberto Álvarez Parra**

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO**

*Problema jurídico: ¿El alcance del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia es la revisión de una decisión emitida por un tribunal de instancia frente a una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, cuando esta, en ejercicio del mandato de unificación jurisprudencial, haya resuelto el mismo asunto bajo un criterio diferente?*

**Tesis:** “[L]a interpretación adecuada del artículo 258 del CPACA, permite precisar su alcance en el sentido que, el recurso extraordinario tiene por finalidad revisar la decisión emitida por el tribunal de instancia frente a una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado, la cual dentro del sistema de fuentes tiene carácter vinculante y por tanto, es obligatoria, salvo que, en casos como el presente, la Corte Constitucional, en ejercicio del mandato de unificación jurisprudencial, haya resuelto el mismo asunto bajo un criterio diferente al de esta corporación, decisión que prevalece frente al precedente del Consejo de Estado, en virtud del principio de supremacía constitucional”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Aclaración de voto Luis Alberto Álvarez Parra, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

**Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico**

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN**

**DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico: ¿El pago de lo dejado de percibir por un empleado vinculado en provisionalidad cuyo acto administrativo de retiro fue anulado, tiene un carácter indemnizatorio?*

Tesis: “[E]stimo que para los precisos efectos de la declaración de nulidad del acto administrativo que dispone el retiro del servicio de un empleado vinculado en provisionalidad, el pago de lo dejado de percibir tiene un alcance indemnizatorio, pues, como ya se dijo, su vínculo legal reglamentario es precario. Así mismo, considero que, si el demandante estuvo vinculado en otro cargo público, el pago de los emolumentos dejados de percibir en el empleo en provisionalidad no puede constituir una doble asignación, pues la fuente es una sentencia judicial y, como se dijo, ante un eventual reintegro no deviene el derecho a permanecer en el cargo en forma indefinida”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Aclaración de voto Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

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

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico: ¿La regla de unificación adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre la procedencia de los descuentos en el restablecimiento del derecho obtenido por el empleado en provisionalidad que acusa de ilegal el acto de su desvinculación, deben tener en cuenta las excepciones a las asignaciones señaladas en la Ley?*

Tesis: “Atendiendo a que esta Corporación ha considerado que la prohibición constitucional de percibir doble asignación proveniente del tesoro público impide que se devenguen dos o más emolumentos que tengan como fuente u origen el ejercicio de empleos o cargos públicos, exceptuando las asignaciones previstas en el artículo 19 de la Ley 4ª. Considero respetuosamente que la regla de unificación adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado sobre la procedencia de los descuentos indicados supra, deben tener en cuenta las excepciones a las asignaciones señaladas en la Ley. Asimismo, considero respetuosamente que los efectos retrospectivos de la sentencia de unificación son vinculantes y obligatorios únicamente para los casos pendientes de decisión en vía judicial a través de acciones ordinarias”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Aclaración de voto Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

**Aclaración de voto de la consejera Rocío Araujo Oñate**

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / FINALIDAD DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / ALCANCE DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL / PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO**

**Problema jurídico 1:** *¿Las sentencias de unificación emanadas de las altas cortes tienen el carácter de precedente judicial?*

**Tesis 1:** “Aclaro mi voto, porque del acápite en el que se abordó el estudio de la importancia del precedente y de las sentencias de unificación en nuestro ordenamiento, advierto que a éstas últimas se les otorga dicho carácter de precedente, fundado en la función unificadora de las altas cortes, al margen de la labor que en concreto realiza el fallador en esta clase de sentencias y de los efectos que ellas tienen. (...) [A]dvierto que, a diferencia de lo afirmado en el fallo, en el sentido de que las sentencias de unificación del Consejo de Estado son precedentes por emanar de esta Corporación en su condición de órgano de cierre de la jurisdicción, no coincido en que por ese hecho pueda adjudicárseles el carácter de precedente judicial. Cosa distinta es que, del sentido otorgado a las normas que se interpretan en esas decisiones para solucionar los casos concretos y sus razones, las subreglas contenidas en esas sentencias resulten vinculantes para resolver un caso concreto en razón de su identidad o similitud fáctica y jurídica, porque cuando ello no ocurre así, por razones de justicia material el juez está autorizado a apartarse de ellas, cumpliendo con una carga argumentativa estricta en términos de suficiencia y transparencia motivacional. Derivado de lo anterior, tampoco considero plausible otorgar carácter coercitivo a la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional en sede de control concreto de constitucionalidad, porque conlleva a entender que la interpretación fijada en ellas no solamente es vinculante sino también obligatoria, cuando este último efecto, se reitera, sólo lo tienen las sentencias de constitucionalidad, toda vez que respecto de ellas, como ocurre con la ley, no es posible un apartamiento judicial pues hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

**Problema jurídico 2:** *¿El restablecimiento del derecho y la indemnización son formas de reparación del daño?*

**Tesis 2:** “Me separo de esa diferenciación conceptual entre reparación y restablecimiento del derecho porque no fue dispuesta por la Constitución ni en el artículo 90 superior, que sustenta la responsabilidad del Estado y la reparación integral de un daño causado por éste, ni en cualquiera otra norma de la carta fundamental. Tampoco se infiere esa diferenciación de la literalidad del artículo 138 señalado, pues vista esa norma a la luz del artículo 90 de la Constitución Política y entendida conforme con la teoría de los daños, lo que se puede inferir es que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho puede concurrir como formas de reparación del daño, tanto el restablecimiento del derecho como la indemnización. Cosa distinta es que la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y los efectos ex tunc o “desde siempre”, propios de la declaración de nulidad del acto que conlleva este tipo de acción, se traduzcan para este medio de control, en el reconocimiento del restablecimiento del derecho como principal forma de reparación, si y sólo si, volver las cosas al estado de siempre es algo materialmente posible. De no serlo, la reparación se realizará por vía de la indemnización”.

**ACLARACIÓN DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

**Problema jurídico 3:** *¿La reparación del daño a título de indemnización procede cuándo no es posible devolver las cosas a su estado anterior a través del restablecimiento del derecho*

**Tesis 3:** “[A]claro mi voto en el sentido de indicar que la sentencia debió señalar expresamente que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución impone que, cuando se acredite que el demandante percibió remuneraciones de trabajo por otras vinculaciones con el Estado y con independencia de que la reparación del daño se haga a título de restablecimiento del derecho o de indemnización, esas remuneraciones deben restarse del quantum de la condena, porque su pago proviene siempre del erario y en ambos casos se dirige a reparar el daño ocasionado por el retiro del servicio, es decir, la privación injusta del trabajo y de su correspondiente contraprestación salarial y prestacional. Con lo anterior quiero denotar que no es el título del pago el que determina la aplicación de la prohibición constitucional sino la fuente pública de los recursos con que se pagan los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y la condición de que con ellos se repara un daño que proviene de la misma causa, esta es, la desvinculación ilegal del servidor, que de no haberse producido habría implicado la prestación del servicio con sus correspondientes contraprestaciones, en tanto y en cuanto, los componentes salariales y prestacionales son elementos no escindibles e irrenunciables de la relación legal y reglamentaria de trabajo”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Aclaración de voto Rocío Araujo Oñate, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

**Salvamento de voto conjunto de la consejera Stella Jeannette Carvajal Basto y del consejero Rafael Francisco Suárez Vargas**

**SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico: ¿En el caso bajo estudio no se incurrió en la prohibición de artículo 128 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 19 de la Ley 4.ª de 1992 y reproducido por el artículo 35, numeral 14, de la Ley 734 de 2002, establece que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación del tesoro público y, por tanto, el fallo de unificación emitido constituye un retroceso respecto de las posiciones sostenidas anteriormente?*

**Tesis:** “[E]l fallo de unificación del 9 de agosto de 2022, que adoptó la tesis desarrollada por la Corte Constitucional, genera la sensación de que hubo un retroceso en las conquistas laborales que había logrado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante las sentencias del 28 de julio de 1996 y del 29 de enero de 2008, principalmente. Con ello se ven menguadas instituciones tan importantes como el valor de la justicia, el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia laboral, la condición de tribunal supremo de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado y el principio de responsabilidad del Estado, como garantía del estado de derecho”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Salvamento de voto conjunto Stella Jeannette Carvajal Basto y Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

**Salvamento de voto del consejero William Hernández Gómez**

**SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE**

**DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico: ¿La sentencia objeto del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia desconoció el fallo de unificación del 29 de enero de 2008 proferido por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dentro del expediente radicado 76001-23-31-000-2000-02046-01(1153-04) y, en consecuencia, el recurso extraordinario está llamado a prosperar?*

**Tesis:** “[A]nexo el proyecto que en relación con el asunto presenté y, que no alcanzó las mayorías en su momento, el cual contiene la tesis que sostengo en relación con el tema objeto de debate (...) De conformidad con el recurso extraordinario de unificación presentado por la parte demandante, la decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander desconoció la sentencia de unificación expedida el 29 de enero de 2008 por el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dentro del expediente radicado 76001-23-31-000-2000-02046-01(1153-04). Es de anotar que tal sentencia, si bien fue proferida con anterioridad a la expedición de la Ley 1437 de 2011, se encuentra dentro de las hipótesis previstas en el artículo 270 ejusdem, razón por la cual se ha considerado como sentencia de unificación. En efecto, al consultar su texto, se observa que la Sala Plena asumió el conocimiento de tal proceso, a fin de definir la contradicción o controversia que se presentaba entre la decisión proferida por la Sección Segunda el 16 de mayo de 2002 y la adoptada en 1996 por la Sala Plena de lo contencioso administrativo. En el mismo sentido, se observa que la aludida sentencia de unificación fue debidamente publicada y notificada por edicto el 20 de febrero de 2008, cumpliéndose con ello el requisito de publicidad y que para la fecha en que se profirió la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander (13 de septiembre de 2016), la posición del Consejo de Estado contenida en la sentencia del 29 de enero de 2008, atrás referida, no había sido modificada. Pese a ello, la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander acogió la tesis prohijada por la Corte Constitucional en las sentencias SU-691 de 2011 y SU-556 de 2014 en los casos de desvinculación ilegal de las personas nombradas en provisionalidad, en lo que respecta a los descuentos de los salarios y prestaciones percibidos por el desempeño de otro cargo público y, en tal virtud, ordenó el descuento de los salarios y prestaciones sociales que percibió la demandante con ocasión de la vinculación que tuvo con el ICBF, durante el tiempo que estuvo desvinculada en virtud de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad. Para la Sala Plena del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo de Santander sí se apartó de la sentencia proferida por la Sala Plena del día 29 de enero de 2008, razón por la cual prosperará el recurso extraordinario de unificación. (...)”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Salvamento de voto William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

**Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello**

**SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico: ¿En el caso bajo estudio no se incurrió en la prohibición de artículo 128 de la Constitución Política que establece que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación del tesoro público en tanto que el pago de lo dejado de percibir por un empleado vinculado en provisionalidad cuyo acto administrativo de retiro fue anulado, tiene un carácter indemnizatorio?*

**Tesis:** “[E]stimo que no era posible el descuento de esos emolumentos en virtud de lo previsto en el artículo 128 de la Constitución ya que ambos conceptos devienen de causas diferentes: uno se reconoce por la prestación personal y efectiva del servicio dentro del sector público; el otro se reconoce a título de indemnización por el acto declarado ilegal. En efecto, al tenor de lo establecido en el artículo 128 superior, “[n]adie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación

que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley". Luego, lo proscrito es recibir dos o más emolumentos cuya fuente u origen sea el ejercicio de empleos o cargos públicos, lo que explica el porqué se consagran las prohibiciones de (i) desempeñar dos empleos de forma simultánea, y (ii) percibir más de una asignación del Tesoro Público. Esas prohibiciones no se desconocieron en el caso concreto. De una parte, porque la accionante no desempeñó de forma simultánea dos empleos o cargos públicos. Por el contrario, la vinculación con el sector público fue sucesiva teniendo lugar la segunda de ellas en atención a la declaratoria de insubsistencia de la que fue objeto y que motivó el proceso ordinario que dio origen al presente asunto. De otra parte, tampoco podía señalarse válidamente que se percibiera más de una asignación del tesoro pues ello no implica considerar únicamente el origen de los recursos sino, además, la causa, el concepto o el título que sustenta el traslado patrimonial correspondiente: si es la misma se configurará la prohibición, y en caso contrario no hay lugar a su estructuración".

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Salvamento de voto Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

### Salvamento de voto del consejero Carmelo Perdomo Cuéter

**SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico: ¿La sentencia bajo estudio incurrió en una incongruencia interna al haber declarado infundado el recurso extraordinario y aun así haber procedido a unificar jurisprudencia, además de no haber abordado asuntos ligados a la decisión adoptada?*

**Tesis:** "Tal como lo anuncié en la correspondiente sesión, con mi acostumbrado respeto, procedo a salvar el voto respecto del fallo de 9 de agosto de 2022, adoptado por la sala mayoritaria de lo contencioso-administrativo, por las siguientes razones: 1. Se inobservó la congruencia interna de la providencia, lo cual, desde el punto de vista de la lógica formal, compromete la validez de la decisión (...) [S]i resultó infundado el recurso extraordinario interpuesto con esa finalidad por la actora, no había lugar a unificar jurisprudencia.. (...). 2. Se apartó la Sala del propósito que se perseguía al momento de asumir el caso para unificar jurisprudencia, relacionado, entre otros, con el monto de la denominada «indemnización», comoquiera que en el aludido auto de 9 de agosto de 2017 se destacó que resultaba necesario efectuarlo dadas «Las diferencias jurisprudenciales entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto del monto de la indemnización de los empleados desvinculados de cargos de carrera que ocupaban en provisionalidad, y en lo atinente a la procedencia de los descuentos por concepto de salarios y prestaciones percibidos, han generado no solo inseguridad jurídica, sino también un número creciente de acciones de tutela tendientes a que se aplique uno u otro precedente», no obstante, no se realizó ningún pronunciamiento sobre el particular en el fallo aprobado. 3. Tampoco se hizo alusión en la sentencia de la cual me aparto al tema atañadero a la seguridad social en pensión, que está estrechamente ligado a la condición de los empleados nombrados en provisionalidad retirados del servicio público de manera ilegal, cuando se anule el acto que los separó, asunto que si bien no fue planteado por la actora, resulta inmanente a la controversia que nos ocupa y de naturaleza iusfundamental, que imponía examinarlo. 4. Por último, en la regla de unificación aprobada no se precisó el período o época cuando se causen las aludidas «sumas de dinero recibidas por la parte demandante a título de salarios, prestaciones sociales percibidos de relaciones de trabajo en el sector público», que serán objeto de descuento al momento del pago de la condena por el ente estatal".

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Salvamento de voto Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

### Salvamento de voto del consejero Fredy Ibarra Martínez

**SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

*Problema jurídico: ¿La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado tenía competencia para unificar su jurisprudencia en relación con la procedencia o no de los descuentos de los empleados públicos nombrados en provisionalidad en tanto que no existía una sentencia de unificación aplicable a los supuestos fácticos del recurso extraordinario presentado?*

**Tesis:** “[E]l caso materia de este proceso, la demandante no ostentaba derechos de carrera administrativa, pues, su vinculación con el régimen de función pública era a título precario, a través de un nombramiento en provisionalidad, de allí que los supuestos fácticos no son idénticos ni similares a los juzgados en la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008, exp 76001-23-31-000-2000-02046-02. Los nombramientos en provisionalidad no pueden ser equiparados, de ningún modo, a los de vinculación a empleos de carrera administrativa debido a que aquellos no tienen vocación de permanencia, son excepcionales, son residuales, están sujetos a un factor de temporalidad y generan un vínculo precario con el Estado. Así las cosas, la ratio decidendi de la sentencia de unificación del 29 de enero de 2008 no es extensiva de los nombramientos en provisionalidad por cuanto los hechos materialmente relevantes que fueron objeto de juzgamiento por la Sala en esa precisa oportunidad versan sobre cargos de carrera administrativa. Por consiguiente, los hechos o supuestos fácticos de este caso concreto son completa y sustancialmente diferentes dado que el factor de permanencia, la estabilidad y el vínculo con el Estado son esencialmente distintos entre el empleo perteneciente al sistema de carrera administrativa y el vínculo determinado por un nombramiento en provisionalidad. En esa perspectiva, considero respetuosamente que la Sala debió limitarse a declarar infundado el recurso extraordinario de unificación porque la sentencia de 29 de enero de 2008, exp 76001-23-31-000-2000-02046-02 no tenía fuerza vinculante de precedente frente al supuesto de hecho objeto de juzgamiento en esta oportunidad y, por lo tanto, el Tribunal Administrativo de Santander podía autónomamente aplicar la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en las sentencias SU-691 de 2011 y SU-556 de 2014 sin que esta circunstancia configurara un desconocimiento o trasgresión del precedente fijado por esta Corporación. En otros términos, la Sala no tenía competencia para unificar su jurisprudencia en relación con la procedencia o no de los descuentos de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, de allí que, insisto, se debió rechazar de plano el recurso o simplemente declararlo infundado porque el Tribunal Administrativo de Santander podía apartarse libremente de la jurisprudencia de esta Corporación, dado que la sentencia de 2008 versaba sobre nombramientos en propiedad en el sistema de carrera administrativa”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Salvamento de voto Fredy Ibarra Martínez, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

**Salvamento de voto de la consejera María Adriana Marín**

**SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**



**Problema jurídico:** *¿En el caso bajo estudio no se incurrió en la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público en tanto que el pago de lo dejado de percibir por un empleado vinculado en provisionalidad cuyo acto administrativo de retiro fue anulado, tiene un carácter indemnizatorio?*

**Tesis:** “Disiento de este tipo de descuentos ordenado de manera general, porque considero que deben distinguirse los eventos en los cuales se produce un restablecimiento del derecho de aquellos en los que se reconoce una indemnización, por no ser posible dicho restablecimiento. En efecto, la consecuencia de la declaratoria de nulidad de un acto de insubsistencia debe ser la reversión de la situación, a fin de dejar indemne al servidor público que se ha visto afectado por un retiro ilegal. El efecto ex tunc de la declaratoria de nulidad implica retrotraer la situación al mismo momento de la expedición del acto administrativo irregular y, siendo este el efecto de la nulidad, es necesario que el restablecimiento consecuencial tenga este mismo alcance. Si el restablecimiento del derecho consiste en volver las cosas al estado anterior a la expedición de dicho acto, esto es, el reintegro al cargo que ha dejado de ocupar el servidor, por obra de la decisión ilegal, y el pago de los salarios y prestaciones que dejó de percibir durante el mismo término, sí deben descontarse las sumas que el empleado hubiera percibido en otro empleo público, porque la ficción que en tal caso se hace es la de que ese servidor siempre estuvo vinculado a la entidad de la que fue retirado ilegalmente y, por tanto, no sería posible que hubiera percibido una doble asignación del Tesoro Público, porque esto generaría no solo un enriquecimiento sin causa, sino que además se vulneraría el artículo 128 Superior. Pero, en los eventos en los que dicho restablecimiento no sea posible, la declaratoria de nulidad del acto debe ser fuente de reparación, la cual debería ser fijada por el Legislador, tal como lo hizo tratándose de los servidores del sector privado (art. 64 CST). Para tal efecto, deberán tenerse en cuenta el tiempo de servicios, el momento en el cual el cargo fue provisto en carrera, o la ocurrencia de alguna de las causales de retiro del servicio (art. 41 Ley 909 de 2004) (...) Dicha indemnización sí resulta, a mi juicio, perfectamente compatible con los salarios que pudiera haber percibido la persona en el sector público o privado, porque no corresponden al pago de una prestación laboral, o mejor, a la ficción de que estuvo laborando todo el tiempo de la desvinculación, sino a la reparación por un daño antijurídico, derivado de una decisión ilegal”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Salvamento de voto María Adriana Marín, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

#### **Salvamento de voto del consejero Gabriel Valbuena Hernández**

**SALVAMENTO DE VOTO / RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / REGLA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / EMPLEADO PÚBLICO / SALARIO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO / REINTEGRO DEL EMPLEADO PÚBLICO POR ORDEN JUDICIAL / PROHIBICIÓN A LA DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PÚBLICO / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ALCANCE DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LA ORDEN DE PAGO DEL SALARIO DEJADO DE PERCIBIR / DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA / PROCEDENCIA DEL DESCUENTO EN SENTENCIA CONDENATORIA**

**Problema jurídico:** *¿En el caso bajo estudio no se incurrió en la prohibición de artículo 128 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 19 de la Ley 4.ª de 1992 y reproducido por el artículo 35, numeral 14, de la Ley 734 de 2002, establece que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación del tesoro público y, por tanto, el fallo de unificación emitido constituye un retroceso respecto de las posiciones sostenidas anteriormente?*

**Tesis:** “Por el presente escrito me permito señalar que comparto plenamente los argumentos consignados en el salvamento de voto presentado por los honorables consejeros de Estado Stella Jeannette Carvajal Basto y Rafael Francisco Suárez Vargas frente al fallo dictado por la Sala Plena en el proceso de la referencia, mediante el cual se decidió “que son procedentes los descuentos efectuados a la condena de carácter laboral, respecto de las sumas percibidas a título de salarios y prestaciones sociales en relaciones de trabajo en el sector público”, cuando se obtiene el restablecimiento del derecho producto de la nulidad del acto que retiró del servicio a un empleado público nombrado en provisionalidad. En todo caso, quiero poner de relieve que las consideraciones desarrolladas en la sentencia solamente son aplicables a litigios en donde se demande la nulidad del acto de desvinculación de un empleado provisional, sin que puedan extenderse de manera alguna a otra clase de desvinculaciones laborales en cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción. En lo que concierne al caso concreto, considero que, si se hubiese aplicado la línea jurisprudencial hasta ahora vigente, no serían procedentes los descuentos a la demandante y, por lo

mismo, considero que se ha debido declarar fundado el recurso de unificación y disponer la revocatoria parcial de la decisión de primera instancia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia del 9 de agosto de 2022; Salvamento de voto Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 11001-03-25-000-2017-00151-00 \(IJ-SU\)](#)

9

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



# BOLETÍN

## DEL CONSEJO DE ESTADO

---

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

# 1. La Sala de Consulta y Servicio Civil declaró ajustado a la Ley Estatutaria 133 de 1994 el Convenio de Derecho Público Interno No. 02 de 2022, en las dos modalidades remitidas, que se suscribirá entre el Estado colombiano y cada una de las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones y asociaciones de ministros suscribientes, a la vez que realizó algunas observaciones sobre el mismo.

*Síntesis del caso: El Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 133 de 1994, somete al control previo de legalidad de la Sala de Consulta y Servicio Civil, el Convenio de Derecho Público Interno núm. 02 de 2022, a suscribirse entre el Estado colombiano y unas iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones y asociaciones de ministros.*

**CONTROL PREVIO DE LEGALIDAD / CONVENIO DE DERECHO PÚBLICO INTERNO ENTRE EL ESTADO Y LA ENTIDAD RELIGIOSA / DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS / LIBERTAD DE CULTO / DERECHO A LA LIBERTAD DE CULTO / ENTIDAD RELIGIOSA / CLASES DE ENTIDAD RELIGIOSA / IGLESIA / RELACIÓN ESTADO RELIGIÓN / CONFESIÓN RELIGIOSA / ASOCIACIÓN DE MINISTROS / RELACIÓN ESTADO RELIGIÓN**

*Problema jurídico: ¿El Convenio de Derecho Público Interno núm. 02 de 2022, a suscribirse entre el Estado colombiano y unas iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones y asociaciones de ministros se encuentra ajustado a la Ley Estatutaria 133 de 1994?*

**Tesis:** “El derecho constitucional a la libertad religiosa y de cultos encuentra su desarrollo en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 133 de 1994, que reglamentó el artículo 19 de la Constitución Política, en el que se autoriza al Estado colombiano para celebrar convenios de derecho público interno o, en su caso, tratados internacionales con entidades religiosas, bajo la denominación de iglesias, confesiones, sus federaciones, confederaciones y asociaciones de ministros, que tengan personería jurídica y ofrezcan garantía de duración por su estatuto y número de miembros. Los respectivos convenios o tratados tienen por objeto, especialmente, el desarrollo de aspectos relativos a los efectos civiles de los matrimonios que celebren las entidades religiosas con personería jurídica especial; efectos civiles de las sentencias de nulidad matrimonial que dicten las autoridades religiosas; la posibilidad de impartir enseñanza e información religiosa, y la asistencia religiosa ofrecida por las iglesias y confesiones a sus miembros, cuando ellos se encuentren en establecimientos públicos docentes, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y similares. (...) La decisión de suscribir estos convenios, consideró la Corte en la Sentencia C-346 de 2019, «debe ser razonable y estar fundamentada y el Estado es libre de ponderar la conveniencia de su actuación». Por lo tanto, agrega, «tiene la opción de suscribirlo o de no hacerlo, sin importar que la iglesia reúna los requisitos formales exigidos por la ley». [U]na vez concluida la etapa de negociación, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Decreto 782 de 1995, compilado en el artículo 2.4.2.1.13 del Decreto Único del Sector Administrativo del Interior núm. 1066 de 2015, los convenios de derecho público interno deberán ser remitidos por el Ministerio del Interior, como organismo gubernamental al que corresponde su negociación, coordinación y desarrollo, a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para efectos del control previo de legalidad previsto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 133 de 1994, en concordancia con el numeral 9 del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), modificado por el artículo 19 de la Ley 2080 de 2021. Cumplido el control de legalidad y una vez suscritos los convenios por las partes intervinientes (el presidente de la República y los representantes legales de las entidades religiosas), entrarán en vigencia cuando el Gobierno nacional los apruebe mediante Decreto que contendrá los términos de los mismos, el cual regirá con su publicación en el Diario Oficial. (...) Se trata de un control previo de legalidad con fuerza vinculante, no solo por el hecho de ser anterior a la suscripción de los convenios respectivos, sino también por la naturaleza e importancia que, en el marco del ejercicio de la libertad religiosa y de cultos, desarrollada por la Ley Estatutaria 133 de 1994, conlleva el ejercicio de este control. En el mismo sentido, su fuerza

vinculante deviene en que, como lo precisó la Corte Constitucional, el convenio de derecho público interno debe superar el control de legalidad a cargo de la Sala de Consulta y Servicio Civil (...). [E]n atención a las consideraciones expuestas, efectuado el control de legalidad del Convenio de Derecho Público Interno 02 de 2022, y revisado integralmente el contenido material de las minutas contentivas del mismo; y de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 133 de 1994, concordante con el numeral 9 del artículo 112 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (...) [l]a Sala, resuelve (...) Declarar ajustado a la Ley Estatutaria 133 de 1994 el Convenio de Derecho Público Interno núm. 02 de 2022 sometido a control previo de legalidad, en las dos modalidades remitidas, que se suscribirá entre el Estado colombiano y cada una de las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones y asociaciones de ministros suscribientes, siempre y cuando se incorporen en los artículos respectivos las observaciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil (...).”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre los convenios de derecho público interno con entidades religiosas, sus características, la potestad del Estado colombiano para suscribirlos y la función de realizar el control previo de legalidad de los mismos por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ver: Corte Constitucional, sentencias C-088 de 1994 y C-346 de 2019.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión CL0001 del 27 de julio de 2022; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2022-00125-00\(CL0001\).](#)

## **2. El límite cuantitativo para la adición del valor de los contratos señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, procede tanto para el contrato adicional como para la adición al contrato.**

**Síntesis del caso:** *El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Salud y Protección Social consulta a la Sala de Consulta y Servicio Civil sobre la viabilidad de incrementar el valor estimado del contrato de consultoría 043 de 2013 suscrito entre dicho Ministerio (hoy subrogado a la ADRES) y la Unión Temporal Fosyga 2014, superando el límite del 50% establecido en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta que en los estudios previos, en el pliego de condiciones, en los estudios de costos y en la cláusula cuarta del contrato, el valor del mismo es de cuantía indeterminada pero determinable.*

**CONTRATO ESTATAL / CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / ADICIÓN AL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE LA ADICIÓN AL CONTRATO ESTATAL / ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD / RECOBRO ANTE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

**Problema jurídico 1:** *¿Para efectos de darle continuidad inmediata a la ejecución del citado Contrato de Consultoría 043 de 2013 y asegurar así la indispensable Auditoría a las Reclamaciones y Recobros que permanentemente formulan las IPS y las EPS por la prestación de sus servicios de salud, amén de las específicas particularidades de dicho Contrato, resulta válido que los montos de dinero que deban pagarse al Contratista se aseguren mediante los movimientos presupuestales que deba realizar el ADRES, sin que para ello deba acudir a la figura de la ‘adición del valor del contrato’?*

**Tesis 1:** “Cuando el valor del contrato se incrementa como consecuencia de la ampliación del objeto contractual al incluirse elementos no previstos expresamente en el contrato celebrado, pero que están ligados con este y resultan indispensables para cumplir la finalidad que se pretende satisfacer, se está frente a un contrato adicional y cuando se modifican algunas de las condiciones originales del contrato, pero dichas modificaciones no afectan su objeto, es decir este no sufre ninguna modificación, se está frente a una adición de contrato. En ambos casos procede el límite cuantitativo del 50% señalado en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. De igual forma procede este límite, cuando se modifica el valor unitario pactado de los ítems previstos. Lo anterior, sin desconocer las excepciones mencionadas respecto de límite cuantitativo del 50%. (...) Cuando se incrementa el valor del contrato como consecuencia de la variación de las cantidades de obra previamente pactadas sin que se modifique el valor unitario de los ítems, dicho incremento no queda sujeto al límite cuantitativo señalado en la ley, del 50%. Este incremento es el resultado de aplicar la modalidad de pago pactada en el contrato a precio unitario. (...) Existen, además, otras situaciones jurídicas que se presentan en materia contractual y que afectan el valor del contrato, pero que, de conformidad con la ley y la jurisprudencia, tampoco están sujetas al límite

cuantitativo del 50% del valor inicial del contrato. Estas son: (i) cuando en un contrato de obra pública se pactaron mecanismos de ajuste de precios, (ii) por restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre y cuando exista plena prueba que acredite los requisitos para proceder al restablecimiento y (iii) en los contratos de interventoría, cuando se den las situaciones previstas en la ley, como se indicó. Cuando se hace alusión a la modificación del objeto del contrato, que conlleva a la suscripción de un contrato adicional, significa agregarle al alcance físico inicial algo nuevo pero que está ligado al objeto y que resulta indispensable para cumplir la finalidad que se pretende satisfacer. Pero tal modificación no implica afectar el núcleo esencial del contrato (...). Teniendo en cuenta la forma como quedó delimitado el objeto en el contrato de consultoría 043, es decir, que en desarrollo del mismo solo puede auditarse la facturación causada y radicada ante el Fosyga durante el plazo pactado, deja de ser relevante la forma en que fue acordado su valor (indeterminado pero determinable) dado que queda excluido del objeto contractual toda facturación que se cause y se radique por fuera de los límites fijados en el plazo pactado. Sin embargo, esto no impide adicionar el contrato para el cumplimiento del objeto contractual siempre que se den los presupuestos legales para ello: (i) que la adición se haga antes del vencimiento del plazo, (ii) que no supere el límite cuantitativo del 50% del valor inicial del contrato expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, (iii) que esté debidamente motivada, pues su motivación resulta ser un elemento necesario que permite determinar su juridicidad, su racionalidad y la proporcionalidad de su contenido, y (iv) que obedezca a situaciones sobrevinientes o a nuevas necesidades no previstas en el contrato inicial, que así lo ameriten. Adicionar un contrato no es una facultad discrecional de la entidad cuyo ejercicio penda de criterios de mera conveniencia o de utilidad, como lo ha señalado el Consejo de Estado. Por último, dado el objeto del contrato y las implicaciones o efectos que pudieren generarse para el Sistema de Salud el no contar con la continuidad de la auditoría de las solicitudes de recobros por servicios NO POS y reclamaciones ECAT, la Sala recomienda que se estudie la posibilidad de declarar la urgencia manifiesta, en la medida que se den todos los presupuestos jurídicos para su declaratoria y mientras se adelanta un nuevo proceso de contratación, el cual debe abrirse en el menor tiempo posible. (...) No es válido que los montos de dinero que deban pagarse al contratista del contrato 043 de 2013, se aseguren mediante movimientos presupuestales sin acudir a la adición del contrato. En este contrato es irrelevante la forma en que fue pactado su valor (indeterminado pero determinable), pues la administración concretó el objeto contractual al fijar el plazo de ejecución sujeto a dos límites, el que ocurra primero: (i) un límite presupuestal, en donde el plazo va hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del contrato, y (ii) un límite temporal (48 meses y 15 días contado a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio) en donde el plazo vence el 31 de diciembre de 2017. Por esta razón, no puede la administración auditar facturación que se cause y se radique con posterioridad a estos dos límites, pues la misma constituiría un nuevo objeto contractual que requiere de un nuevo proceso de contratación”.

**NOTA DE RELATORÍA 1:** Sobre la modificación de los contratos estatales y sus límites, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2263 del 17 de marzo de 2016.

**NOTA DE RELATORÍA 2:** Sobre el precio o valor en el contrato estatal, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conceptos 1121 del 26 de agosto de 1998 y 1439 del 18 de julio de 2002.

**NOTA DE RELATORÍA 3:** Sobre la adición al contrato estatal y sus características, ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1439 del 18 de julio de 2002.

## **CONTRATO ESTATAL / PRECIO DEL CONTRATO ESTATAL / VALOR DEL CONTRATO ESTATAL / ADICIÓN AL CONTRATO ESTATAL / REQUISITOS DE LA ADICIÓN AL CONTRATO ESTATAL**

**Problema jurídico 2:** *¿En el caso concreto del Contrato de Consultoría 043 de 2013, tiene aplicación el límite cuantitativo que para la 'adición del valor de los contratos', establece el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80?*

**Tesis 2:** “Si tiene aplicación el límite del 50% del valor inicial del contrato expresado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, es importante aclarar que la adición al contrato solo puede darse si se trata de situaciones sobrevinientes o de nuevas necesidades no previstas en el contrato inicial que así lo ameriten. La adición no es una facultad discrecional de la entidad cuyo ejercicio penda de criterios de mera conveniencia o de utilidad”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; concepto 2369 del 6 de junio de 2018; C.P. Óscar Darío Amaya Navas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00034-00\(2369\). Levantamiento de reserva mediante auto del 10 de agosto de 2022.](#)

**10**  
**GÉNERO Y NO**  
**DISCRIMINACIÓN**



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

---

**JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS**

## SECCIÓN SEGUNDA

**Se sancionó disciplinariamente a Comisaria de Familia de Tunja por no proferir medida de protección a la querellante, que murió 2 días después de haber asistido a la Comisaría Tercera de Familia por las agresiones recibidas de su cónyuge.**

PROCESO DISCIPLINARIO/SUSPENSIÓN DEL CARGO PÚBLICO POR SANCIÓN DISCIPLINARIA / INCUMPLIMIENTO DEL DEBER FUNCIONAL / OMISIÓN DEL DEBER / MEDIDAS DE PROTECCIÓN ANTE COMISARÍAS DE FAMILIA / COMISARÍA DE FAMILIA / FUNCIONARIO DE LA COMISARÍA DE FAMILIA / PERSPECTIVA DE GÉNERO / VIOLENCIA DE GÉNERO / TRATO DIFERENCIAL DE GÉNERO / MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LA MUJER A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA / VIOLENCIA FÍSICA CONTRA LA MUJER / DERECHO A LA VIDA

***Síntesis del caso:** La Procuraduría General de la Nación sancionó en 2016 con suspensión por el término de diez (10) meses a la demandante, en razón a que, en su calidad de comisaria tercera de familia de Tunja, no aplicó la medida de protección que correspondía a la solicitud presentada por una querellante, quien falleció a los 2 días siguientes de haber concurrido a ese despacho, víctima de agresiones físicas provenientes de su cónyuge. Agresor al que solo conminó y amonestó para que no incurriera en dichas actuaciones, a pesar de que existían antecedentes de violencia intrafamiliar en su contra, debidamente denunciados, informados y documentados ante otras autoridades.*

***Problema jurídico:** ¿ Se incurrió en conducta disciplinable por parte de la Comisaria Tercera de Familia de Tunja al omitir dictar medida de protección en atención a la solicitud presentada por la víctima de agresiones físicas, verbales y psicológicas provenientes de su cónyuge y quien falleció 2 días después de la presentación de la petición por conducta imputable al querellado?*

**Tesis** “En criterio de la Sala, revisado el procedimiento y sin inmiscuirse en la potestad valorativa que tiene el investigador disciplinario, siempre y cuando esté dentro de un grado de razonabilidad, encuentra que evidentemente la actuación de la demandante fue ligera en relación con el asunto que se le puso en conocimiento, pues, como mínimo, en entrevista privada con la víctima debió indagar sobre los antecedentes de maltrato que padeció y, en todo caso, no es razonable que ante las visitas recurrentes a esas comisarías territoriales no hubiese indagado sobre ellas, máxime cuando la víctima, en su escrito de «SOLICITUD DE MEDIDA DE PROTECCIÓN, LEY 575 DE 2000, LEY 294 DE 1996», expresamente manifestó «ES UNA PERSONA MUY AGRESIVA, TENGO EVIDENCIAS ANTERIORES» (las mayúsculas de ambas frases son del texto original). Ahora bien, la autoridad disciplinaria observó el debido proceso y valoró las situaciones que vuelve a aducir en esta instancia de control judicial, como son la insuficiencia de recursos logísticos y estructurales, la inexistencia de una red informática con los antecedentes de los agresores y su autonomía funcional como comisaria de familia, además de las ya indicadas, sin embargo, estas circunstancias resultan fútiles ante el catastrófico desenlace ocurrido en la humanidad de la señora (...). Pero lo que suena aún más ilógico, por decir lo menos, es que la demandante aduzca que el homicidio lo ocasionó la víctima por llegar a altas horas de la noche, cuando soslayó «las recomendaciones de convivencia», con lo que denota un evidente sesgo exculpatorio e indolente ante la evidente negligencia en su actuar. En otras palabras, como los servidores públicos son responsables por acción, omisión o extralimitación en sus funciones, para la Sala no existe duda de que la actora omitió «dar aplicación a las medidas definitivas de protección establecidas en el artículo 5º. de la Ley 294 de 1996, tendientes a impedir la posibilidad de nuevas agresiones a la víctima de violencia intrafamiliar», pues, se insiste, la misma solicitante puso en antecedentes a la demandante y con la entrevista, si se hubiese interesado en proteger a la víctima y si en la correspondiente entrevista se hubiese interesado en proteger a la víctima y no en dar credibilidad a la versión del mitómano agresor de la hoy occisa, hubiese cumplido su función de manera adecuada. No se puede vaticinar que se le salvara la vida a la señora (...) (q. e. p. d.), pero sí que el Estado hubiese brindado una atención oportuna, pertinente y eficaz ante su situación de vulnerabilidad.(...) Para la Sala lo que la señora (...) (q. e. p. d.) padeció, además del maltrato propinado por su cónyuge agresor, fue la denominada «violencia institucional» por parte del Estado, a través de la comisaria de



familia, al otorgar una escasa o nula respuesta ante el pedimento de protección como mujer con el fin de obtener una vida libre de violencia.(...) En otros términos, la demandante como comisaria de familia y representante de la institucionalidad, estaba llamada a defender los derechos consagrados constitucionalmente y sancionar su vulneración; y dada su omisión en brindar una respuesta eficaz frente a la situación de maltrato físico y psicológico que padecía la demandante, que ya estaba desbordado, en unas pocas horas (menos de 37) la peticionaria fue asesinada por múltiples heridas ocasionadas por su cónyuge agresor, quien la apuñaló sin piedad.(...) Lo que sí observa la subsección es que la demandante, como representante de la institucionalidad y llamada a promover y proteger los derechos de la mujer víctima, en aras de procurarle una vida libre de violencia, en condiciones de igualdad, no ejerció su función de manera adecuada y, por su omisión, ocurrió un perjuicio mayor. Empero, para la Sala en asuntos como este resulta indispensable juzgar con «perspectiva de género», con el fin de que se haga una discriminación positiva en relación con las mujeres, como la víctima aquí relacionada, quien obtuvo un manejo ligero ante su situación, se le desconoció su condición de debilidad manifiesta y se le negó una respuesta institucional eficiente y eficaz. Así las cosas, la Sala no puede obviar el manejo realizado por la comisaría de familia, que tiene el deber de proteger y resguardar la vida, salud y bienestar de las mujeres, por ello es pertinente introducir ese enfoque diferencial para disminuir las tasas de feminicidios y de violencia familiar en su contra, máxime cuando en su labor de garantías de los derechos de las víctimas se encuentran con situaciones que ameritan un tratamiento distinto. Del mismo modo, como ya se indicó, estamos ante el concepto de violencia institucional, porque hubo una omisión del Estado, por la ineficiente e ineficaz respuesta a la situación de violencia de género que sobre la víctima recaía (letra c del artículo 2 de la Ley 248 de 1995). Por tanto, esta Corporación, como lo ha hecho en otras decisiones, rechaza situaciones como la aquí acontecida y, en aplicación del deber de adoptar políticas públicas con el fin de luchar contra la violencia de género conforme al artículo 7º, letras a), b) y f) ibidem, emitirá las correspondientes exhortaciones para que se adopten los respectivos correctivos. Para la Sala, resulta claro que estamos ante una situación que ameritaba un tratamiento diferente, pues las medidas de protección para las mujeres deben ser suficientes y adecuadas y, en todo caso, no deben sufrir violencia intrafamiliar y, por ende, se emitirán recomendaciones para que el Estado, a través del Ministerio de Justicia y del Derecho, proceda a realizar implementaciones y capacitaciones sobre el manejo de las medidas de protección que deben ordenar los comisarios de familia y procurar que dichos funcionarios tengan acceso a una red de información que incluya antecedentes, denuncias, quejas y medidas de protección solicitadas a nivel nacional respecto de los querellados.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 28 de abril de 2022, C.P Carmelo Perdomo Cuéter, rad 15001-23-33-000-2016-00615-01 \(3897-2019\)](#)

## SECCIÓN QUINTA

### Se afectó la ley de cuota de género con el nombramiento del Ministro de la defensa Nacional.

**Síntesis del caso:** Se demandó la nulidad del Decreto 134 del 6 de febrero de 2021, por medio del cual el presidente de la República nombró al señor Diego Andrés Molano Aponte, como ministro de Defensa Nacional, aduciendo que con dicho nombramiento se desconoció el mínimo de 30% de representación femenina exigido por el artículo 4 de la Ley 581 de 2000. La Sala confirmó la decisión de primera instancia que declaró la nulidad del nombramiento del ministro de Defensa Nacional, toda vez que se acreditó que, para la fecha de expedición del decreto acusado, tan sólo había cinco (5) mujeres (27.77%) en la composición del gabinete ministerial, incumpliendo con ello el requisito exigido en la norma citada.

**NULIDAD ELECTORAL / CUOTA DE GÉNERO / DESIGNACIÓN DE MINISTRO / MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / NULIDAD DE LA DESIGNACIÓN DE MINISTRO**

**Problema jurídico:** Se debe resolver si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la decisión de primera instancia, por lo cual impera establecer si para la fecha en que se expidió el Decreto 134 del 6 de febrero de 2021, a través del cual se nombró a Diego Andrés Molano Aponte como ministro de Defensa Nacional, se tuvo en cuenta el mínimo de 30% de representación femenina, exigido por el artículo 4 de

la Ley 581 de 2000.

**Tesis:** “[L]a composición del gabinete ministerial para la fecha en que se profirió el Decreto 134 de febrero de 2021 no fue objeto de debate y que, como aparece demostrado en el expediente (...), para esa época se encontraban designadas 5 mujeres. (...). [S]e advierte que, en estricto sentido, 5 Ministerios ocupados por mujeres equivale al 27.77% de los 18 existentes, lo que implica que no se cumple con el artículo 4 de la Ley 581 de 2000 que prevé que los cargos de máximo nivel decisorio deben ser ocupados como mínimo en el 30% por mujeres, lo que implica que el acto electoral objeto de control incurrió en la causal de nulidad referente a la «infracción de las normas en que debería fundarse», prevista en los artículos 137 y 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA. (...). De igual forma, el argumento de la defensa del [demandado] referido a que “no existe precepto legal que indique que la consecuencia de desatender las previsiones de la Ley de Cuotas sea la nulidad del acto de nombramiento” no está llamado a prosperar toda vez que es la vulneración de la norma superior en la que debe fundarse la que lleva a que se declare la nulidad del acto electoral, como ocurrió en este caso en relación con la norma que establece la cuota de género –Ley 581 de 2000- (...). Por lo explicado en esta providencia, para la Sala en el presente caso, es lo procedente concluir que el Decreto 134 de febrero de 2021 expedido por el presidente de la República, por medio de la cual se designó [al demandado] como Ministro de Defensa Nacional incurrió en violación de norma superior, por lo tanto, se confirmará la sentencia de 7 de abril de 2022, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A declaró su nulidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 11 de agosto de 2022; C.P. Pedro Pablo Vanegas Gil, radicación: 25000-23-41-000-2021-00589-01.](#)

## **SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**La discapacidad de un niño no es, por sí misma, una situación que implique la vulneración o amenaza a sus derechos fundamentales si no que se trata de una situación que requiere un trato diferencial por parte del Estado, para lograr, en la medida de lo posible, su rehabilitación y reintegración social.**

**Síntesis del caso:** *La Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver un conflicto de competencia administrativa, analizó cual es la autoridad competente para para continuar con el seguimiento de las medidas de restablecimiento de derechos adoptadas a favor de un menor de edad en condición de discapacidad.*

CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA / JUZGADO DE FAMILIA / DEFENSORÍA DE FAMILIA / CONFLICTO DE COMPETENCIA ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE FAMILIA / PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS A FAVOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE / ETAPAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS A FAVOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE / ENFOQUE DIFERENCIAL / DERECHOS DE LOS NIÑOS / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES / PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS A LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / PROTECCIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / DERECHOS DEL MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / SEGUIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AL MENOR DE EDAD / COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA

**Problema jurídico 1:** *¿El Juzgado Promiscuo de Familia de Sibundoy es la autoridad competente para continuar con el seguimiento de las medidas de restablecimiento de derechos adoptadas a favor del menor de edad, y definir de fondo su situación jurídica?*

**Tesis 1:** “[D]e conformidad con estas disposiciones constitucionales, instrumentos internacionales y legales, los niños con discapacidad, son sujetos de especial protección, y las disposiciones contenidas en el Código de la Infancia y Adolescencia deben ser aplicadas bajo el enfoque diferencial que el mismo código consagra.(...) En el marco de la protección de los derechos de los niños con discapacidad, se encuentra también el artículo 208 de la Ley 1955 de 2019 (...) [L]a interpretación de lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 208 de la Ley 1955, en armonía con lo señalado en el parágrafo 2º ibidem, daría lugar a entender que el ICBF quiso preservar los derechos de los niños con discapacidad que hubieren superado la situación de vulneración de derechos, manteniendo los procesos administrativos de restablecimiento de derechos y, por tanto, «la prestación del servicio de la modalidad de protección», hasta tanto se realizara la articulación con la entidad del SNBF correspondiente. En otras palabras, la interpretación que adopta el ICBF, en la Resolución 11199 de 2019, es que, en estos casos, no se puede terminar el PARD hasta que no se garantice la respectiva articulación, y otra entidad asuma la prestación del servicio. Al respecto, hay que precisar que, de conformidad con el artículo 205, inciso primero, de la Ley 1098 de 2006, «[e]l Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar», tiene a su cargo la articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos de los niños y adolescentes, en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal. El citado inciso primero del artículo 205 fue reglamentado por el Decreto 936 de 2013, que tuvo como objeto reorganizar el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en cuanto a su integración y funciones, «y desarrollar la función de articulación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar» a cargo del ICBF. (...) [L]a protección integral de los niños, incluyendo aquellos con discapacidad, es responsabilidad del Estado, en su conjunto, así como de la sociedad y la familia. Esta protección «se concreta en acciones de política expresadas en programas, planes y proyectos, que, a su vez, definen rutas de acción, e instancias de seguimiento y articulación que finalmente buscan ofrecer seguridad a niñas, niños y adolescentes para el ejercicio pleno de sus derechos». El Decreto 936 de 2013 definió el Sistema Nacional de Bienestar Familiar como «el conjunto de agentes, instancias de coordinación y articulación y de relaciones existentes entre estos para dar cumplimiento a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y el fortalecimiento familiar en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal» (artículo 2). Acto seguido, esta norma consagra el servicio público de bienestar familiar, para hacer referencia a las acciones que el Estado debe desarrollar «para cumplir en forma integral y permanente con el reconocimiento, la garantía, protección y restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la prevención de su amenaza o vulneración y el fortalecimiento familiar» (artículo 3). (...) [E]l Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente rector, es el encargado de trazar las políticas y de articular y direccionar las acciones de las entidades del orden nacional, departamental y municipal que tienen bajo su responsabilidad la promoción y la garantía de los derechos de los niños. [L]os programas de atención del ICBF, que hacen parte de la «modalidad de apoyo y fortalecimiento a la familia», se encaminan hacia la protección del núcleo familiar, abordando aquellas dificultades que se logran evidenciar en el seno de la familia o en la red vincular del niño, «no asumidos como un problema que hay que eliminar, sino como la situación vital que hay que aprovechar como motor del cambio». Para el caso que nos ocupa, resulta oportuno referirse al programa de Hogar Gestor con Discapacidad, que hace parte de la modalidad mencionada, y surge, precisamente, «como una política institucional de desinstitucionalización» y «una forma de promover la permanencia de los niños, niñas y adolescentes con sus familias de origen [...] por medio del apoyo y fortalecimiento a la familia para la superación de sus condiciones de vulnerabilidad». Esto ocurre en aquellos PARD en los que se evidencia que la familia ofrece a los niños con discapacidad el cuidado, el afecto y la atención que requieren, pero en los que existen otras circunstancias, como, por ejemplo, una precaria condición económica, que les impide a los padres garantizar el pleno ejercicio de sus derechos. Se trata, por lo tanto, de una medida de protección para el restablecimiento de los derechos de los niños con discapacidad, a través de: i) el acompañamiento psicosocial y ii) el apoyo económico a la familia, cuando se requiera, «con el fin que la red familiar o vincular asuma de manera corresponsable la protección integral, desde la garantía de el “derecho de los niños, niñas adolescentes de tener una familia y no ser separado de ella.”». Este apoyo lleva implícito el compromiso de los padres de mejorar las condiciones económicas de la familia, para lograr su auto sostenimiento. (...) La Sala destaca que el PARD se encuentra, hoy en día, en la etapa de seguimiento, toda vez que, el Juzgado Promiscuo de Familia de Sibundoy dictó el fallo a que se refiere el artículo 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia, y adoptó como medida de restablecimiento de derechos, en favor del menor de edad, su permanencia en el núcleo familiar, con los beneficios del programa Hogar Gestor. Entonces, es evidente, según los antecedentes, que el Juzgado Promiscuo de Familia de Sibundoy no ha definido de fondo la situación jurídica del niño J.D.N.C., según lo dispuesto por el artículo 103 del Código de la Infancia y la Adolescencia. De acuerdo con esta norma, la misma autoridad administrativa (o judicial, cuando remplace a la autoridad administrativa, por vencimiento del término) que haya dictado el fallo y adoptado la medida de restablecimiento de derechos, es quien tiene la competencia para continuar con el seguimiento y definir de fondo la situación jurídica del menor. Para estos efectos, la autoridad que tramite la etapa de seguimiento debe contar con el apoyo

de la coordinación del respectivo centro zonal. El mismo juez, quien tiene a su cargo la continuación del PARD, en la etapa de seguimiento, y su culminación, es quien debe decidir sobre la modificación o la terminación de la medida de restablecimiento de derecho adoptada, debido a que los términos se vencieron y, especialmente, por la condición de discapacidad del niño y la situación socioeconómica de su familia”.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la continuidad de la medida de Hogar Gestor con Discapacidad, ver: Corte Constitucional, sentencias T-075 de 2013, T-479 de 2016, T-215 de 2015, T-816 de 2007, T-301 de 2014 y T-479 de 2016 y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación núm. 11001-03-06-000-2019-00141-00, decisión del 30 de abril de 2020.

**ENFOQUE DIFERENCIAL / DERECHOS DE LOS NIÑOS / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES / PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES / PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS A LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / PROTECCIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD**

**Problema jurídico 2:** *¿La discapacidad de un niño es, por sí misma, una situación que implique la vulneración o amenaza a sus derechos fundamentales?*

**Tesis 2:** “[L]a condición de discapacidad no puede ser calificada como una situación que, por sí misma, suponga una vulneración de los derechos de las personas (mayores o menores de edad). Por el contrario, la normativa analizada en las consideraciones de la presente decisión da cuenta de que las diferentes formas de discapacidad son consideradas como una condición de algunas personas, que conlleva la necesidad de recibir una protección especial del Estado, precisamente para permitirles y facilitarles el ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad real frente a las otras personas. Debe recordarse que, incluso, con la expedición de la Ley 1996 de 2019, se habilitó la capacidad legal plena de las personas en condición de discapacidad, para el ejercicio de sus derechos. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la continuidad de las medidas de protección de los menores de edad en condición de discapacidad, ver: Corte Constitucional, sentencia T-287 de 2018”.

**PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS A FAVOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE / ETAPAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS A FAVOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE / COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA / PROGRAMA DE HOGARES GESTORES DEL ICBF / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES / DERECHOS DEL MENOR DE EDAD EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD / ICBF**

**Problema jurídico 3:** *¿Puede la autoridad administrativa continuar prestando los servicios que requiere la protección integral de los derechos del niño, a pesar que el juez tenga la competencia para continuar con el trámite del PARD?*

**Tesis 3:** “[I]ndependientemente de que el Juzgado tenga la competencia para definir de fondo la situación jurídica del niño J.D.N.C., y, si es del caso, para hacer el seguimiento a la medida adoptada, es necesario el acompañamiento, la vigilancia y la supervisión, por parte de la Coordinación del Centro Zonal de Sibundoy (Putumayo), como lo establece el artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia, teniendo en cuenta que, además, la medida de restablecimiento adoptada en este caso consiste en su vinculación al programa Hogar Gestor, tal como se ha explicado. Entonces, la Sala destaca que los servicios especiales de protección que el ICBF, como rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, le viene prestando al niño J.D.N.C., en virtud de su condición de discapacidad, deben mantenerse, hasta que se realice la articulación con otra de las entidades públicas que forman parte de dicho Sistema, de manera que se garantice la continuidad en la prestación del servicio requerido”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; decisión del 14 de junio de 2022; C.P. Ana María Charry Gaitán, radicación: 11001-03-06-000-2022-00064-00\(C\)](#)

*Consulte las separatas especiales que el Consejo de Estado presenta para el mes de septiembre*

DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

**CONSEJO DE ESTADO**  
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

 **Clic aquí**

**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  
JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

PROVIDENCIAS RELEVANTES SECCIÓN CUARTA  
IMPUESTOS DEPARTAMENTALES

**CONSEJO DE ESTADO**  
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

 **Clic aquí**

**BOLETÍN**  
DEL CONSEJO DE ESTADO  
JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS