

n°.

207

CONSEJO DE ESTADO

Boletín de Jurisprudencia



EDITORIAL
NORMAS ANULADAS
EXHORTOS
CAMBIO JURISPRUDENCIAL
SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN
ACCIONES CONSTITUCIONALES
○ ACCIONES DE TUTELA
○ ACCIONES POPULARES
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA
SECCIÓN SEGUNDA
SECCIÓN TERCERA
SECCIÓN CUARTA
SECCIÓN QUINTA
SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

República de Colombia
Consejo de Estado

Boletín de Jurisprudencia
Segunda época

Germán Bula Escobar
Presidente

Relatorías

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

José Orlando Rivera Manrique

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Gloria Stella Fajardo Guerrero

Narly del Pilar Morales Morales

Yenny Orjuela Díaz

Yolanda Velásquez Zárate

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Diana del Pilar Restrepo Nova

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

María Angélica Pulido Barreto

Acciones Constitucionales

Blanca Ligia Salazar Galeano

Carolina Valenzuela Cortés

Ingrid Catherine Viasús Quintero

Comité del Boletín

Rocío Araújo Oñate

Hernando Sánchez Sánchez

Oswaldo Giraldo López

Gabriel Valbuena Hernández

Marta Nubia Velásquez Rico

Milton Chaves García

Oscar Darío Amaya Navas

Ana Yasmín Torres Torres

Diseño

Juan David Pulido Gómez

Publicación

Sergio Altamiranda

Zulma Moreno Sosa

ÍNDICE

Contenido

EDITORIAL.....	4
I. NORMAS ANULADAS.....	5
II. EXHORTOS.....	6
III. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA.....	8
IV. AUTO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA.....	8
V. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	9
VI. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	15
VII. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	29
VIII. SECCIÓN PRIMERA.....	55
IX. SECCIÓN SEGUNDA.....	63
X. SECCIÓN TERCERA.....	70
XI. SECCIÓN CUARTA.....	84
XII. SECCIÓN QUINTA.....	92
XIII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL.....	96

EDITORIAL

La nulidad de cinco normas demandadas, dos cambios jurisprudenciales, un auto de unificación de jurisprudencia y cuatro sentencias de unificación son algunos de los temas de mayor trascendencia jurídica que abarca esta edición del *Boletín de Jurisprudencia del Consejo de Estado*.

Entre otras decisiones relevantes, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo analizó los elementos que se deben acreditar para que se configure la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador cuando las normas son declaradas inexecutable. Además, abordó una providencia en la que se estudiaron los elementos configurativos de la causal de pérdida de investidura consagrada en el artículo 110 constitucional, al negar la solicitud de pérdida de investidura del representante a la Cámara Alfredo Ape Cuello Baute.

De las novedades jurisprudenciales que aportó la Sección Primera sobresale la unificación de jurisprudencia en lo relativo al término de traslado para contestar la demanda en acciones populares. Esa sala también unificó su postura en el sentido de precisar que en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho incoados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los que se demandan los actos administrativos a través de los cuales se define la situación jurídica de la mercancía, se debe agotar el requisito de procedibilidad relacionado con el agotamiento de que trata el artículo 161 del CPACA.

La Sección Segunda, por su parte, aportó la unificación de su jurisprudencia en relación con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de personas vinculadas a las Fuerzas Militares a través del servicio militar obligatorio.

El boletín también explica la manera como la Sección Tercera unificó su jurisprudencia en el sentido de afirmar que habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados con MAP/MUSE/AEI en casos en los que la proximidad evidente a un órgano representativo del Estado, permita afirmar que el artefacto explosivo iba dirigido contra agentes de esa entidad, o suceda en una base militar con artefactos instalados por el mismo Ejército Nacional.

Finalmente, la Sección Quinta unificó su postura respecto de las consecuencias procesales que trae la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos acusados y dispuso además que, frente al acto electoral que produce efectos jurídicos, el juez debe desvirtuar la presunción de legalidad aun cuando se presente carencia actual de objeto.

Esperamos que estas directrices en torno a la aplicación de la jurisprudencia contencioso administrativa aporten al debate y a la consolidación de las tesis que se vienen gestando en el mundo jurídico.

I. NORMAS ANULADAS

1. Acuerdo 14 de 2003, “*por el cual se reglamenta el porcentaje para el cobro a la sobretasa de la gasolina en el municipio de Ocaña*”, expedido por el concejo Municipal de Ocaña: El artículo primero y sus párrafos primero y segundo, y la expresión “[...] de la producida en Colombia [...]” contenida en el artículo segundo.

Acuerdo 004 de 2005 “*por el cual se reglamenta el porcentaje para el cobro a la sobretasa de la gasolina en el municipio de Ocaña*”, expedido por el concejo Municipal de Ocaña: Los artículos primero, segundo y tercero, y la expresión “[...] de la producida en Colombia [...]” contenida en el artículo cuarto.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera \(Sección 5 Descongestión Acuerdo 357/2017\), sentencia de 10 de mayo de 2018, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación: 54001-23-31-000-2007-00348-01. \(Ver pág. 62 de este Boletín\).](#)

2. Resolución 000029 de 29 de marzo de 2016, “*Por la cual se modifica la Resolución 000004 de enero 08 de 2016 ‘Por la cual se prescriben y habilitan los formularios y formatos para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, en el año 2016’*”, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN: el artículo 2 - parcialmente-.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de mayo de 2018, C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2016-00040-00 \(22572\). \(Ver pág. 85 de este Boletín\).](#)

3. Decreto 2701 de 22 de noviembre de 2013, “*Por el cual se reglamenta la Ley 1607 de 2012*”, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: el párrafo 1 del artículo 3.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de mayo de 2018, C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2014-00190-00 \(21555\). \(Ver pág. 86 de este Boletín\).](#)

4. Decreto 326 de 20 de febrero de 1995, “*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 174 de 1994*”, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público: el numeral 3 del artículo 7.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de mayo de 2018, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 11001-03-27-000-2013-00034-00 \(20677\). \(Ver pág. 91 de este Boletín\).](#)

5. Resolución 6245 de 2015, “*Por la cual se señala el procedimiento de verificación de la autenticidad de los apoyos ciudadanos a una propuesta de mecanismo de participación ciudadana*”, expedida por el Consejo Nacional Electoral: artículos 2 y 3 numeral 10.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 26 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-24-000-2017-00173-00. \(Ver pág. 92 de este Boletín\).](#)

II. EXHORTOS

1. La Sección Primera resolvió los recursos de apelación interpuestos en acción popular en la que se ampararon los derechos colectivos de los habitantes del Sector Dos del barrio Las Delicias del municipio de Ibagué y en aras de hacer efectiva la corresponsabilidad que asiste a los ciudadanos en la prevención del riesgo.

Resolvió: “**EXHORTAR** a los propietarios de las unidades habitacionales del SECTOR DOS DEL BARRIO LAS DELICIAS para que concurren con las autoridades del Municipio de Ibagué y coadyuven las gestiones que se requieran adelantar con miras a completar el proceso de legalización como asentamiento urbano de dicho Barrio, así como las labores que apareje el proyecto de construcción y adecuación del alcantarillado, si a ello hubiese lugar, de acuerdo a los resultados de los estudios técnicos que el Tribunal a quo le ordenó al Municipio de Ibagué adelantar, con el fin de determinar el estado actual de la zona.

*Para el caso en que los estudios técnicos determinen que el terreno en el que se ubican las unidades habitacionales del sector dos del Barrio Las Delicias corresponde a la categoría de alto riesgo no mitigable, se **exhorta** a los propietarios de las referidas unidades habitacionales, para que concurren con las autoridades del Municipio de Ibagué y coadyuven en los trámites y gestiones que se requiera adelantar con miras a dar cumplida y cabal ejecución al proyecto de reubicación de sus viviendas”.*

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de abril de 2018, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 73001-23-31-000-2011-00587-01\(AP\).](#)

2. La Sección Tercera exhortó al Estado colombiano para que disponga la creación de instrumentos procesales y sustantivos en favor de las víctimas del grupo armado de las FARC EP.

La Sección Tercera condenó al Estado colombiano por el secuestro extorsivo del cual fue objeto una menor de edad y su familia por integrantes del grupo armado de las FARC EP. En esta sentencia se adoptó como medida de reparación no pecuniaria: “[Exhortar] al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que dispongan la implementación de instrumentos procesales y sustantivos para que las víctimas puedan acceder a la declaratoria de responsabilidad de las FARC como organización y se garantice, consecuentemente, el derecho a la reparación integral”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de mayo de 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 63001-23-31-000-2003-00463-01\(33948\)A.](#)

3. La Sección Tercera, al negar las pretensiones de reparación por los daños derivados de la detención de un menor de edad en un centro de reclusión para adultos por configurarse el hecho de la víctima, advirtió que admite reproche la exposición a los medios de comunicación de una persona sin haber verificado con antelación la identidad y edad exacta.

En tal sentido resolvió: “**EXHORTAR** a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional para que en lo sucesivo se abstenga de exhibir ante los medios de comunicación a las personas sobre quienes recaigan sospechas en punto a su mayoría de edad, hasta tanto no se haya constatado de manera fidedigna y

completa su edad e identificación. Es decir, la entidad deberá verificar con antelación la edad de las personas, previo a decidir exponerlas a los medios y ventilar información sobre las conductas punibles en las que hayan podido verse comprometidas, so pena de verse incurso en las sanciones correspondientes. Para ello, con fines preventivos, se ordenará al señor Ministro de Defensa que dé a conocer la presente sentencia a los miembros de la Policía Nacional, con el objeto de garantizar que estos últimos, al momento de capturar por conductas punibles a menores de edad, cumplan estrictamente los protocolos y apliquen de manera cabal las normas de la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia que recogió lo señalado en el Decreto 2737 de 1986 (derogado Código del Menor) en punto al trato que deben brindar a los menores aprehendidos”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de febrero de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación: 08001-23-31-000-2009-00158-01\(37340\).](#)

4. **Sección Cuarta amparó los derechos de una persona a quien se le anuló su registro civil sin que se le notificara dicho acto administrativo, negándole la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y de contradicción.**

En ese sentido resolvió: “**EXHÓRTASE** a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que por conducto de sus delegadas, en lo sucesivo, se abstenga de realizar actuaciones como la presentada en este caso, pues durante el trámite de anulación del registro civil de nacimiento se debe garantizar una valoración minuciosa de todos los elementos probatorios”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de mayo de 2018, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 08001-23-40-000-2017-00259-01\(AC\).](#)

5. **La Sección Quinta resolvió la acción de tutela interpuesta por la iglesia cristiana de los Testigos de Jehová contra la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Negro y Nare – CORNARE, por negar la solicitud de exención de sobretasa ambiental a los inmuebles de propiedad de dicha iglesia.**

En tal sentido resolvió: “**INSTAR** a la Corporación Autónoma regional de las Cuencas de los Ríos Negro y Nare, para que en lo sucesivo inmediatamente advierta la falta de competencia para proporcionar una respuesta de fondo a una petición, actúe de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1437 del 2011”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 18 de abril de 2018, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 05001-23-33-000-2017-02286-01\(AC\).](#)

III. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

1. Se modificó la posición respecto de la facultad de las entidades territoriales para acordar vigencias futuras excepcionales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 1 de febrero de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 08001-23-31-000-2010-00987-01. (Ver pág. 56 de este Boletín).

2. La Sección Quinta fija las reglas para interponer y sustentar recurso de apelación contra sentencias notificadas en audiencia dentro del proceso electoral.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de mayo de 2018, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 54001-23-33-000-2018-00006-01. (Ver pág. 94 de este Boletín).

IV. AUTO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

1. Se unificó la jurisprudencia en el sentido de precisar que en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho incoados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los que se demandan los actos administrativos a través de los cuales se define la situación jurídica de la mercancía, se debe agotar el requisito de procedibilidad relacionado con el agotamiento de que trata el artículo 161 del CPACA.

Síntesis del caso: *Logística S.A., en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, presentó demanda con la finalidad de que se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, mediante los cuales se dispuso el decomiso de una mercancía. El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la audiencia inicial, declaró, de oficio, la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*

ACTO DE DECOMISO DE MERCANCÍA – Naturaleza

Problema jurídico 1: *¿El acto que ordena el decomiso de la mercancía es de naturaleza tributaria?*

Tesis 1: “[E]s pertinente resaltar que ni el decomiso aduanero ni la definición de la situación jurídica de la mercancía son asuntos de naturaleza tributaria, en tanto que, no tienen una vocación general, tampoco surgen de la realización actual o potencial de obras públicas o actividades estatales de interés colectivo y, mucho menos, contribuyen a la recuperación total o parcial de los costos en que incurre el Estado, para asegurar la prestación de una actividad pública. (...) Cabe resaltar que el artículo 512 ibídem [Decreto 2685 de 1999], establece cuál es el acto mediante el cual se produce la definición de la situación jurídica de las mercancías aprehendidas en desarrollo de la actuación administrativa desplegada por la DIAN, que no es otro que el de decomiso aduanero de las mismas, el cual, por lo demás es considerado por el legislador como el acto que decide de fondo dicho procedimiento. De esta manera el Estatuto Aduanero, define en los artículos 512 y 515 el trámite previsto para definir de fondo sobre la

situación jurídica de las mercancías (...) Por lo anterior y como bien lo ha interpretado esta Sección en diversas providencias, el decomiso de mercancías es una medida tendiente a definir la situación jurídica de las mismas (...) Así las cosas, los actos enjuiciados mediante los cuales la DIAN ordenó el decomiso de las mercancías de propiedad de la actora, no son de naturaleza tributaria, como quiera que no se controvierten aspectos propios de la cancelación del tributo aduanero, tales como las liquidaciones que se encuentran en el Capítulo XIV Sección II del Decreto 2685 de 1999, esto es, la liquidación oficial de corrección (artículo 513), la liquidación oficial de revisión de valor (artículo 514) y los procesos que versen sobre devoluciones o compensaciones de impuestos nacionales o tributos aduaneros”.

REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL - Obligatoriedad en asuntos aduaneros / REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE CONCILIACIÓN PREJUDICIAL EN DEMANDA DE ACTO ADMINISTRATIVO QUE DEFINE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MERCANCÍA - Agotamiento

Problema jurídico 2: *¿Se debe agotar el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial para demandar el acto que ordena el decomiso de la mercancía?*

Tesis 2: “[L]a Sala recuerda que el artículo 161 del CPACA, dispone lo atinente al requisito de procedibilidad de conciliación antes de impetrar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (...) Por lo anterior, cuando se pretenda impetrar demandas en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto del decomiso de mercancías, resulta procedente agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 161 del CPACA dado el contenido económico de la controversia, el cual se encuentra relacionado con el valor de la mercancía y los perjuicios que se reclamen a título de resarcimiento patrimonial”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 22 de febrero de 2018, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 76001-23-33-000-2013-00096-01.](#)

V. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

2. Se unifica jurisprudencia en lo relativo al término de traslado para contestar la demanda en acciones populares.

Síntesis del caso: *El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Girardot tuvo por no contestada la demanda en acción popular por parte del Municipio de Girardot, al considerar que el término de traslado del auto admisorio debía contabilizarse de conformidad con el artículo 22 de la Ley 472 de 1998, esto es, diez (10) días contados a partir de la notificación del auto admisorio para contestar la demanda, y no como lo señala el artículo 199 de la Ley 1437.*

PLAZOS PREVISTOS PARA CONTESTAR LA DEMANDA EN LA ACCIÓN POPULAR - Posición unificada de la Sala / TRASLADO DE LA DEMANDA DE ACCIÓN POPULAR / NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA A DIRECCIÓN ELECTRÓNICA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO PARA CONTESTAR LA DEMANDA DE ACCIÓN POPULAR CUANDO LA NOTIFICACIÓN DEL AUTO ADMISORIO SE EFECTÚA POR MEDIO ELECTRÓNICO / INTERPRETACIÓN DE NORMAS - Unificación

Problema jurídico: “¿Incorre en defecto sustantivo y en desconocimiento del precedente judicial con vulneración del debido proceso, la autoridad judicial que en providencia tuvo por no contestada la demanda en una acción popular al considerar que el término de traslado debía contarse desde la fecha de la notificación por correo al buzón electrónico de la entidad estatal y no una vez vencido el plazo de 25 días contados a partir de la misma notificación?”

Tesis: “[L]a Sala estima oportuno sentar jurisprudencia en torno al tema de la notificación y el traslado para contestar en acciones populares, pues observa que existen amplias diferencias en la interpretación de las normas que conviene unificar. En este sentido, la Sala observa que las reglas previstas en la Ley 472 de 1998 deben complementarse con lo establecido en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, en particular cuando la notificación del auto admisorio se efectúa por medio electrónico a una entidad pública, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil, por lo que debe entenderse que los diez (10) días de traslado que fija el artículo 22 de la Ley 472 de 1998 deben contarse una vez hayan transcurrido los veinticinco (25) días de la citada disposición 199, con el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en esta norma, teniendo en cuenta que a la expedición de la Ley 472 no existía la notificación a la dirección electrónica y que es ahora el medio empleado cuando se trata de las entidades citadas. (...) En consecuencia, la notificación personal del auto admisorio de una demanda en acción popular, que se realice a la dirección electrónica de las entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil, deberá realizarse mediante mensaje dirigido al buzón electrónico a que se refiere el artículo 197 del CPACA, o a la dirección electrónica que los particulares tengan registrada en los registros mercantiles y dispuestas para recibir notificaciones judiciales, con copia de la providencia a notificar y de la demanda. Las copias de la demanda y sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición del notificado y el traslado de los diez (10) días a que se refiere el artículo 22 de la Ley 472 de 1998, sólo comenzará a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de la última notificación, en los términos del artículo 199 del CPACA”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 08 de marzo de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 25000-23-42-000-2017-03843-01\(AC\), acción de tutela.](#)

3. Sección Segunda unificó jurisprudencia en relación con la pensión de sobrevivientes de personas vinculadas a las Fuerzas Militares en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar obligatorio, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Síntesis del caso: *Por la muerte en simple actividad de un soldado regular, la madre como beneficiaria pide el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente del régimen pensional de los miembros de las fuerzas militares, es decir el Decreto 1211 de 1990, inaplicando el Decreto 2728 de 1968.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA / PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE PERSONAS VINCULADAS A LAS FUERZAS MILITARES EN CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO QUE FALLEZCAN SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD / BENEFICIARIO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD / UNIFICACIÓN

Problema jurídico 1: *¿Los beneficiarios del soldado regular [...], quien falleció simplemente en actividad el 6 de julio de 2006, tienen derecho a la aplicación del*

régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993, en tanto que este derecho no está previsto en el Decreto 2728 de 1968, en la Ley 447 de 1998 ni en el Decreto 4433 de 2004, que contienen el régimen de prestaciones por retiro o fallecimiento de los miembros de las Fuerzas Militares, vinculados en razón de la obligación constitucional de prestar el servicio militar obligatorio?

Tesis 1: “La demandante, en su calidad de madre del soldado regular [...], quien falleció simplemente en actividad el 6 de julio de 2006, tiene derecho a la aplicación del régimen de pensión de sobrevivientes previsto en el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, en tanto que el régimen especial de prestaciones por muerte en simple actividad de los soldados regulares, no consagra dicha prestación. Reglas de unificación 1. En materia pensional, por tratarse de un derecho fundamental, irrenunciable y de aplicación inmediata, el juez contencioso administrativo no está limitado para conocer del fondo del asunto a la luz del régimen pensional que invoque la parte que reclama el reconocimiento de la prestación, sino que tiene la obligación de aplicar el derecho y de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento conforme la normativa pensional que corresponda y a los supuestos fácticos de la litis, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011. 2. Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios. 3. Como consecuencia de lo anterior y en atención al principio de inescindibilidad normativa, de la suma adeudada por concepto de pensión de sobrevivientes en virtud de la aplicación de la Ley 100 de 1993, deberá descontarse, debidamente indexado, lo pagado como compensación por muerte simplemente en actividad, en atención a la incompatibilidad de los dos regímenes y a que la contingencia que cubre tal prestación es cubierta con el reconocimiento pensional. 4. Para efectos del descuento al que hace alusión el numeral anterior, la entidad solo podrá descontar el valor efectivamente recibido por concepto de compensación por muerte debidamente indexado. En aquellos casos donde el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que el beneficiario de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital. 5. Al hacer extensivo el régimen general para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios de los conscriptos fallecidos simplemente en actividad en vigencia de la Ley 100 de 1993, el término prescriptivo que debe atenderse en relación con las mesadas pensionales, es el trienal, previsto en el régimen general. 6. En ningún caso habrá prescripción a favor de los beneficiarios que tengan derecho a la pensión en los términos de la presente providencia, de los valores pagados por concepto de compensación por muerte. Esto por cuanto el derecho a compensar o deducir lo pagado surge solo a partir de la sentencia que reconoce el derecho pensional”.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / REQUISITOS PARA RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD APLICACIÓN DE LA LEY 100 DE 1993 / INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN

Problema jurídico 2: *¿La demandante acreditó los requisitos exigidos por las normas que consagran la pensión de sobrevivientes?*

Tesis 2: “[E]n consideración a que acreditó los requisitos establecidos por el régimen general debe reconocérsele este derecho en cuantía del 45% del ingreso base de

liquidación, el cual en este caso, será el señalado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sin que en ningún caso pueda ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente”.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE / DESCUENTO DE COMPENSACIÓN POR MUERTE / INCOMPATIBILIDAD DE PRESTACIONES

Problema jurídico 3: *¿Se debe ordenar el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007, a través de la cual se reconoció una compensación por la muerte de Jorge Luis Meléndez Ochoa en los términos del Decreto 2728 de 1968?*

Tesis 3: “En relación con el descuento de los valores pagados por la entidad demandada en virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 a través de la cual se reconoció una compensación por la muerte de Jorge Luis Meléndez Ochoa en los términos del Decreto 2728 de 1968, la Sala precisa que ante la incompatibilidad de las prestaciones, es procedente el descuento, el cual deberá efectuarse de conformidad con lo señalado en las reglas de unificación. (...) A su vez, de los valores reconocidos por concepto de pensión de sobrevivientes se debe ordenar el descuento debidamente indexado de lo pagado por la entidad demandada a la señora Pastora Ochoa Osorio, por virtud de la Resolución 62989 del 16 de marzo de 2007 que reconoció unas prestaciones sociales por la muerte de Jorge Luis Meléndez Ochoa, en los términos del Decreto 2728 de 1968, toda vez que la contingencia que cubre tal prestación entraría a ser cubierta con el reconocimiento pensional que se ordena. Tal descuento deberá ser proporcional a lo recibido por la demandante”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 12 de abril de 2018, C.P. Sección Segunda, radicación: 81001-23-33-000-2014-00012-01\(1321-15\).](#)

4. La Sección Tercera unificó jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial del estado por daños causados con artefacto explosivo no convencional: Mina antipersona, MAP, MUSE, AEI.

Síntesis del caso: *El 25 de enero de 2003, una mujer y su hijo se desplazaban por la carretera que de su finca lleva al municipio de La Palma, Cundinamarca, en donde pretendían vender unas hortalizas y plátano en la plaza de mercado; durante el trayecto, ella se desvió de la carretera y se dirigió hacia una casa desocupada, momento en el cual pisó una mina antipersonal. Situación similar ocurrió con su hijo, quién pisó igualmente otro artefacto explosivo y sufrió lesiones.*

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS CON MINA ANTIPERSONA, MAP, MUSE, AEI / LESIONES O MUERTE DE CIVILES POR ARTEFACTO EXPLOSIVO NO CONVENCIONAL, MAP, MUSE, AEI -Unificación de jurisprudencia: Criterios jurisprudenciales para su determinación / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS POR DAÑOS CAUSADOS A CIVILES CON ARTEFACTO EXPLOSIVO MAP, MUSE, AEI - Unificación

Problemas jurídicos: *Los problemas jurídicos identificados por la Sala de Decisión en este fallo son: “[1.] Revisar (...) lugar, si le asiste razón a la parte actora, acerca de que varias entidades demandadas no fueron notificadas en debida forma y por lo tanto no hicieron parte en el proceso, y si tal evento puede desencadenar una nulidad de todo lo actuado. [2.] Se deberá determinar si hay lugar a establecer la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional (y las demás autoridades según la forma como se defina el punto anterior), por el accidente [sufrido por la señora y su hijo,*

víctimas,] (...) con una mina antipersonal. [3.] Para el efecto se revisarán tres posiciones desarrolladas por la jurisprudencia de la Sección Tercera, de acuerdo con las cuales se atribuye la responsabilidad del Estado en casos de accidentes por minas antipersonal o municiones abandonadas (...). [4. Se] analizará las dificultades que pueden presentar esas rutas de imputación en los casos de accidentes con minas antipersonal. (...) [5. Y,] se estudiará si es posible condenar al Estado en atención a una omisión en el deber de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 1.1 que impone el deber jurídico "de prevenir, razonablemente", las violaciones de los derechos humanos y cuya inobservancia podría acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por hechos de terceros".

Tesis: "La Sala Plena de Sección Tercera unificará su jurisprudencia en el sentido de afirmar que; i) habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados con MAP/MUSE/AEI en casos en los que la proximidad evidente a un órgano representativo del Estado, permita afirmar que el artefacto explosivo iba dirigido contra agentes de esa entidad, o suceda en una base militar con artefactos instalados por el mismo Ejército Nacional, ii) el Estado de Colombia no ha infringido su deber de prevenir y respetar los derechos de las víctimas de MAP/MUSE/AEI, en los términos del artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta el análisis acerca del alcance y naturaleza de la obligación de prevenir las violaciones a los derechos a la vida e integridad personal de estas víctimas, y en atención a las particularidades del fenómeno y la dinámica del conflicto armado en Colombia, al marco legislativo dispuesto por el Estado para adelantar labores de desminado humanitario y de ERM, a las disposiciones adoptadas en materia de indemnización mediante la ley de víctimas y sus decretos reglamentarios, y recordando que el mero hecho de que se presente la violación de un derecho contemplado en la Convención Americana no constituye un incumplimiento de las obligaciones convencionales adquiridas por el Estado, iii) no obstante, será deber del juez de daños solicitar la inclusión de los actores en la ruta de atención integral para víctimas de minas antipersonal ofrecida por el Gobierno, a través de las distintas entidades que prestan los servicios requeridos según sus necesidades para asistir a las personas que hayan tenido este tipo de lesiones así como a los familiares de una víctima mortal".

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de unificación de 7 de marzo de 2018\(SU\), C.P. Danilo Rojas Betancourth, radiación: 25000-23-26-000-2005-00320-01\(34359\)A,](#)

*Con salvamento de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo y el consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, además con salvamento parcial de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico. También con aclaración de voto y salvamento de voto parcial del consejero Guillermo Sánchez Luque.

5. Se establece jurisprudencia unificada en relación con la pérdida de fuerza ejecutoria del acto y se dispone que frente al acto electoral que produce efectos jurídicos, el juez debe desvirtuar la presunción de legalidad aún cuando se presente carencia actual de objeto.

Síntesis del caso: Durante el estudio de la legalidad de la elección del contralor de Santa Marta la Sala evidencia que se presenta carencia actual de objeto por sustracción de materia debido a que una resolución dejó sin efectos la elección demandada. El acto jurídico no estaba produciendo efectos al momento de emisión del fallo. Se unifica jurisprudencia respecto a los eventos en los que el juez electoral debe realizar el estudio de legalidad sobre un acto electoral que deja de producir efectos jurídicos.

PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO / CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR SUSTRACCIÓN DE MATERIA / ESTUDIO DE LEGALIDAD DE ACTO ELECTORAL QUE PRODUJO EFECTOS JURÍDICOS

Problema jurídico: *¿En qué casos se debe estudiar la legalidad de un acto electoral cuando se presenta pérdida de fuerza ejecutoria del acto?*

Tesis: “Frente a la diversidad de criterios se requiere unificar postura respecto de las consecuencias procesales que trae la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto acusado a fin de salvaguardar los principios de seguridad jurídica e igualdad, los cuales imponen al juez sentar reglas claras y diáfanas que rijan este tipo de asuntos (...) ante la presencia de la carencia actual de objeto por sustracción de materia, le corresponde al magistrado que conduzca el proceso, determinar su ocurrencia con el fin de terminarlo en su etapa inicial siguiendo las reglas de las excepciones previas previstas en el artículo 180.6 incisos 3 y 4 y no esperar hasta la sentencia para inhibirse de conocer el fondo del asunto en detrimento del derecho que tienen los ciudadanos para que la administración de justicia les garantice que los mecanismos judiciales sean eficaces. Teniendo en cuenta los pronunciamientos judiciales de esta alta corporación, resulta imperativo terminar el proceso en la etapa inicial, cuando se pretenda la nulidad de un acto electoral o administrativo que ha sido despojado de sus efectos y que por tal circunstancia jamás produjo efectos jurídicos dado que, la razón de ser del proceso desaparece puesto que no tiene materia que controlar dado que en su vigencia no surtió efectos, conllevando con ello a que la decisión en uno u otro caso no redunde en la salvaguarda de los derechos ciudadanos (...) La Sala unifica su postura en cuanto a: i) Si el acto demandado no produjo efectos jurídicos opera la carencia de objeto por sustracción de materia, caso en el cual el funcionario judicial deberá considerar terminar el proceso en su etapa inicial, ya sea saneándolo o siguiendo las reglas de las excepciones previas previstas en el artículo 180.6 incisos 3 y 4 y no esperar a dictar una sentencia inhibitoria. ii) Si el acto acusado produjo efectos, el juez contencioso administrativo mantiene su competencia para conocer de la legalidad y decidir si se desvirtúa o no la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto tuvo eficacia, estudio que corresponde hacerlo en la sentencia (...) posición en el sentido de que si el acto demandado no produjo efectos jurídicos opera la carencia de objeto por sustracción de materia, caso en el cual el funcionario judicial deberá terminar el proceso en su etapa inicial evitando dictar sentencia inhibitoria. Por el contrario, si el acto acusado produjo efectos, el juez contencioso administrativo deberá decidir si se desvirtúa o no la presunción de legalidad cuando el acto tuvo eficacia, estudio que se hará en la sentencia”.

Nota de Relatoría: La Sala realiza el recuento jurisprudencial y unificación sobre la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto citando dos posiciones jurisprudenciales. Sobre la posibilidad de que el juez electoral expida pronunciamiento de fondo a pesar de la configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria consultar la sentencia del 23 de septiembre de 1999, exp. 1736, C.P. Reinaldo Chavarro Buritica, sentencia del 12 de agosto de 2005, exp. 68001-23-15-000-2004-00447-01 C.P. Darío Quiñones Pinilla, sentencia del 14 de noviembre de 2002, exp. 15001-23-31-000-2001-1092-02, C.P. Darío Quiñones Pinilla, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de abril de 2003, exp. 11001-03-28-000-2002-0091-01, C.P. Darío Quiñones Pinilla, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 28 de febrero de 2008, exp. 11001-03-28-000-2006-00062-00, C.P. Mauricio Torres Cuervo, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de julio de 2010, exp. 11001-03-28-000-2009-00009-00, C.P. Susana Buitrago Valencia, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de octubre de 2016, exp. 11001-03-28-000-2015-00048-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, exp. 81001-23-33-000-2012-00039-04, C.P. Rocío Araujo Oñate, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre 2017, exp. 66001-23-33-000-2015-00483-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio y sentencia del 3 de noviembre de 2017, exp. 20001-23-39-000-2016-00591-02, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Consejo de Estado, Sección Quinta. Sobre la improcedencia de pronunciamiento de fondo por configuración de la pérdida de fuerza ejecutoria consultar: auto del 6 de mayo de 2004, exp. 63001-23-31-000-2004-0047-01, C.P. Darío Quiñones; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 12 de julio de 2012, exp. 11001-03-28-000-2012-00037-00, C.P. Susana Buitrago Valencia, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 31 de agosto de 2015, exp. 11001-03-28-000-2014-00097-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro,

Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 12 de febrero de 2016, exp. 11001-03-28-000-2015-00046-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Ponente del 24 de noviembre de 2016, exp. 11001-03-28-000-2016-00075-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente del 8 de marzo de 2017, exp. 11001-03-28-000-2015-00026-00 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez y auto de sección del 11 de mayo de 2017, exp. 11001-03-28-000-2015-00026-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 24 de mayo de 2018, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 47001-23-33-000-2017-00191-02.](#)

VI. ASUNTOS CONSTITUCIONALES

6. Se ordena proferir nueva sentencia por configurarse una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y el debido proceso del ICBF al haberse revocado la decisión de declarar probada la excepción de caducidad dentro del proceso de controversias contractuales.

Síntesis del caso: *El jefe de la oficina asesora jurídica del ICBF presenta acción de tutela y aduce que el tribunal actuó al margen del procedimiento establecido ante la ocurrencia del fenómeno de la caducidad, al revocar la decisión del juzgado y ordenar continuar con el proceso, desconociendo el efecto jurídico que prescribe la norma para la demanda presentada fuera del término legal, esto es la terminación del proceso.*

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / DEFECTO PROCEDIMENTAL ABSOLUTO / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL

Problema jurídico: *¿Corresponde establecer si se desconoció el precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de caducidad del medio de control de controversias contractuales y si se debía declarar probada la excepción de caducidad al haber transcurrido los 2 años para el ejercicio oportuno del medio de control?*

Tesis: “[E]n el caso concreto, conforme al alcance dado por la Jurisprudencia de la Corporación al artículo 164 literal j, numeral v del CPACA, el Convenio Interadministrativo se ejecutó hasta el día 31 de diciembre de 2011; la liquidación bilateral pudo acordarse hasta el 30 de abril de 2012 (4 meses); hasta el 30 de junio siguiente transcurrieron dos meses para la expedición de la liquidación unilateral, por lo que puede inferirse válidamente que para la fecha de presentación de la demanda (11 de agosto de 2015) ya habían transcurrido los 2 años para el ejercicio oportuno del medio de control y, en esa medida, lo precedente era declarar probada la excepción de caducidad. (...). [S]e observa que precisamente lo argumentado por el Tribunal para considerar que la demanda incoada por la Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero –Alma Mater, hoy Sistema Universitario del Eje Cafetero -SUEJE- había sido oportuna, fue el hecho de encontrar acreditado que el ICBF expidió la Resolución de liquidación unilateral del contrato dentro de los 2 años siguientes al vencimiento del plazo establecido en el artículo 11 de la Ley 1150 (el 27 de junio de 2014), por lo que a partir de ese momento debía empezar a computarse el término de caducidad. Llama la atención de la Sala que en la actuación judicial bajo estudio, el ICBF puso de presente al Tribunal -aunque por fuera del término del traslado del recurso de apelación- la posición jurisprudencial que se viene comentando. [L]a Sala concluye que la posición

adoptada por el Tribunal en la providencia enjuiciada efectivamente se aparta del criterio sostenido invariablemente por las distintas Subsecciones de la Sección Tercera de esta Corporación y, por consiguiente, configura una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y el debido proceso”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de abril de 2018, C.P. María Elizabeth García González, radicación: 11001-03-15-000-2018-00558-00.](#)

- 7. Se ampara el derecho a la consulta previa de los habitantes del sector de Playa Blanca en la Isla de Barú – Cartagena de Indias, porque la Unidad de Parques Nacionales Naturales implementó de manera temporal la prohibición de ingreso al parque natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo sin el consentimiento de la comunidad étnica.**

Síntesis del caso: Señala el actor que la Comunidad afrodescendiente de Playa Blanca que cuenta con especial protección y goza de derechos territoriales, se ha visto obligada a adaptarse a los cambios socioeconómicos del entorno que los rodea, pasando de ser una comunidad de pescadores a prestar servicios turísticos. Indica que con la resolución expedida por Parques Nacionales Naturales de Colombia se vulneraron los derechos de los habitantes de la Isla Barú de Cartagena, en razón a que la decisión debía haberse ejecutado con la realización anterior de la consulta previa con la comunidad.

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA / COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

Problema jurídico: “¿Corresponde establecer si el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Parques Nacionales Naturales de Colombia desconoció los derechos fundamentales a la consulta previa, de las comunidades negras, en razón a la expedición de la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, por parte de Parques Nacionales Naturales de Colombia, la cual prohibió temporalmente el ingreso de visitantes y prestadores de servicios turísticos por medio de transporte marítimo al Parque Nacional Natural Los Corales del Rosario y de San Bernardo -sector de Playa Blanca?”

Tesis: “[A]nte la diversidad de derechos que resultan protegidos con la realización efectiva de la consulta previa, y ante la inexistencia de medios judiciales ordinarios que permitan su ejecución, se ha determinado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para lograr su garantía y materialización. (...) se concluye que se debió surtir el procedimiento de consulta previa a la adopción de las medidas administrativas mediante las que se afectaron las áreas de tratamiento especial, ya que repercutieron directamente y de manera particular en las comunidades diferenciadas, en lo que atañe a su territorio. Con base en lo expuesto, la Sala encuentra que se probó la vulneración al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad de la Vereda de Playa Blanca, con la expedición de la Resolución No. 0255 del 29 de junio de 2017, por la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, pues a pesar que dicha prohibición se implementó de manera temporal, vulnera los derechos de los habitantes del sector de Playa Blanca, ya que se desconocieron los criterios que ha considerado la Corte Constitucional a efectos de establecer la procedencia de la consulta previa frente a una comunidad o minoría étnica, desconociendo que se debe contar con dichas comunidades antes de adoptar una decisión que pueda afectarlos, con el fin de garantizar aspectos tales como su cultura, tradiciones, costumbres, medios de subsistencia, entre otros”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 8 de marzo de 2018, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 13001-23-33-000-2017-00677-01.](#)

8. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante al revocar la decisión de primera instancia dictada dentro de un proceso de reparación directa en relación con el reconocimiento del lucro cesante, a pesar de que contaba con herramientas judiciales para buscar la justicia material.

Síntesis del caso: *El accionante instauró demanda de reparación directa en contra de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, por los perjuicios producidos con ocasión de la herida ocasionada con arma de dotación oficial mientras prestaba servicio militar obligatorio. El 21 de enero de 2016 el Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo accedió a las pretensiones de la demanda y el 29 de junio de 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia y revocó los perjuicios materiales otorgados en la modalidad de lucro cesante.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE / ACTA DE JUNTA MÉDICO LABORAL MILITAR O DE POLICÍA - No determina pérdida de capacidad laboral en el ámbito ordinario

Problema jurídico 1: *“¿Existe un precedente judicial del Consejo de Estado exigible a los jueces y tribunales en relación con la idoneidad de la Acta de la Junta Médica Laboral Militar para el reconocimiento del lucro cesante?”*

Tesis 1: “[N]o existe pronunciamiento de unificación que indique que la prueba idónea para la tasación de los perjuicios es el acta de la Junta Médica Laboral que emite la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. De esta manera, el juez que decide este tipo de litigios tiene la facultad e independencia judicial para valorar los medios de prueba de acuerdo con los parámetros que le indique la sana crítica y, con base en ello, decidir la cuantía del perjuicio”.

DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO DE RITUAL MANIFIESTO / AUSENCIA DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CASO DE LESIONES PERSONALES DE CONSCRIPTO / FACULTAD DEL JUEZ PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO

Problema jurídico 2: *“¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, incurrió en exceso de rigorismo en la sentencia judicial cuestionada?”*

Tesis 2: [N]o queda duda que el Acta de la Junta Médica Laboral emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, determinó la pérdida de capacidad laboral del señor [P.G.M.F] en relación con su vida como militar. No así con ocasión de su vida en el ámbito ordinario (...) le asiste razón al Tribunal al señalar que el Acta de la Junta Médica Laboral no demuestra la pérdida de capacidad laboral del accionante en un ámbito distinto al de la actividad militar. No obstante, ello no lo exime de la responsabilidad que le atañe de buscar la justicia material, con mayor razón si el daño antijurídico imputable al Estado se encuentra debidamente acreditado. Por tal razón, le asistía la obligación de buscar procesalmente el camino más adecuado a efectos de garantizar la prevalencia del derecho sustancial. Para lograr dicho cometido, el Tribunal tenía dos opciones procesales: 1. Decretar de oficio la prueba idónea para esclarecer la verdad respecto de la cuantía de los perjuicios materiales ocasionados en la modalidad de lucro cesante, facultad consagrada en el artículo 213 del CPCA o 2. Aplicar el

contenido del artículo 193 del CPACA y proferir condena en abstracto (...) Pese a la claridad de los dos caminos procesales antes señalados, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al no ejercer ninguna de estas facultades y no dar prevalencia al derecho sustancial, impidió que se concretara la justicia material y en consecuencia incurrió en un defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 03 de mayo de 2018, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-15-000-2017-02840-01\(AC\).](#)

9. La Universidad Tecnológica del Chocó deberá realizar nuevamente la prueba de análisis de antecedentes para proveer los empleos vacantes convocados aplicando el mismo parámetro de calificación, utilizando la misma tabla porcentual y de ser pertinente expedir una nueva lista de elegibles.

Síntesis del caso: *El Procurador 198 Judicial I para Asuntos Administrativos de Quibdó en representación del actor solicitó el amparo y manifestó que ocupó el segundo puesto en la lista de aspirantes, presentó reclamación en contra del resultado de la valoración de antecedentes al establecer que los criterios de evaluación sólo benefician al personal provisional y de carrera administrativa de la Universidad.*

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A CARGOS PÚBLICOS / PRUEBA DE ANÁLISIS DE ANTECEDENTES / ESTATUTO DE CARRERA DEL PERSONAL NO DOCENTE

Problema jurídico: “¿Consiste en determinar si la Universidad Tecnológica del Chocó vulneró los derechos fundamentales del accionante, con ocasión de la evaluación de antecedentes realizada dentro de la Convocatoria 001 de 2016 «Por la cual se convoca a concurso de mérito, abierto y de ascenso, para proveer definitivamente los empleos vacantes en la planta de personal no docente de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa?»”

Tesis: “[A]dvierde esta Sala que los parámetros de calificación establecidos en el artículo 28 de la Resolución 5124 de 2016, y en el artículo 28 del Acuerdo 0019 de 2006 para el análisis de antecedentes, introdujeron una diferenciación que no responde a un criterio objetivo, pues evidentemente privilegia a quienes se inscriben para el concurso de ascenso, frente a quienes aspiran a ingresar al ente universitario. (...). surge con nitidez que el diseño de parámetros de calificación con criterios que diferencian a aquellas personas que ya están inscritas en carrera y aspiran al ascenso frente a los que se inscriben para el ingreso, quebranta abiertamente el derecho a la igualdad, pues, en palabras de la Corte Constitucional, este puntaje adicional sustituye el principio estructural de la carrera administrativa ya que en este caso la selección del personal no se funda solamente en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino en otros criterios que harían nugatorio que el proceso de selección a los cargos públicos se realice en condiciones de igualdad. Por tanto, aunque en principio, al accionante le asiste otro medio de defensa a fin de controvertir las normas del concurso cuestionadas en esta sede constitucional, se impone a esta Sala de Subsección inaplicarlas, por vía incidental o de excepción, ante su evidente contradicción con la Constitución, como lo dispone el artículo 4 de la Carta, en cuanto establecen dos tablas diferentes para la evaluación y análisis de antecedentes de los concursantes. Lo anterior, con el fin de que los participantes que aspiraron al cargo de profesional especializado, labor auxiliar de presupuesto, código 2028, grado 16, dentro de los cuales se encuentra incluido el señor [O.P.A.], sean evaluados en este ítem bajo los mismos parámetros de calificación, es decir, con la misma tabla porcentual; y de arrojar resultados diversos, se expida nuevamente una lista de elegibles”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 1 de marzo de 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 27001-23-31-000-2017-00109-01.](#)

10. Sección Cuarta revocó decisión que decretó la pérdida de investidura de un concejal del municipio de Pereira para el periodo 2016 – 2019.

Síntesis del caso: *El proceso de pérdida de investidura adelantado desconoció el precedente jurisprudencial establecido en la sentencia SU-424 de 2016 que fijó una regla general de obligatorio cumplimiento en relación con el análisis del caso en concreto para resolver la pérdida de investidura, en el cual se debe analizar el elemento subjetivo de la conducta.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / ANÁLISIS DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Carácter obligatorio / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Problema jurídico: “¿La sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, el 24 marzo de 2017, en la que negó el amparo de los derechos fundamentales invocados se debe confirmar o, si por el contrario, se debe revocar y dejar sin efectos la sentencia de 9 de febrero de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sección Primera, dentro del proceso de pérdida de investidura adelantado contra del actor, por incurrir en desconocimiento del precedente judicial de la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 2016?”

Tesis: “[S]i bien la autoridad judicial accionada fundamentó su decisión en normas procedimentales que limitan el alcance del estudio de fondo en la impugnación, estas no pueden sobreponerse a la aplicación de una regla jurisprudencial de análisis emanada de una sentencia constitucional de unificación, que como se explicó, tiene especial relevancia por cuanto interpreta el alcance de normas de rango constitucional, pero especialmente su aplicación es una manifestación de valor normativo de la Carta Política. (...) En el caso bajo estudio, dicha regla era de público conocimiento desde el 18 de noviembre de 2016, fecha en la que fue publicado el fallo en la relatoría de la Corte Constitucional, por lo que resulta inexcusable que la autoridad judicial accionada no lo tuviese en cuenta en la sentencia objetada (...) la Sala advierte que existió desconocimiento del precedente judicial por la Sección Primera del Consejo de Estado, pues no aplicó el precedente constitucional emanado de la sentencia SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional, aun cuando al momento de proferir la sentencia objetada este se encontraba vigente”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de mayo de 2018, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2017-00453-01\(AC\).](#)

Salvamento de voto del consejero Milton Chaves García

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN - Medio judicial idóneo / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - Inexistencia

Tesis: “[L]a acción de tutela resultaba improcedente ante la existencia de otros mecanismos eficaces de control judicial como es el recurso extraordinario de revisión consagrado en los artículos 248 y siguientes del CPACA, particularmente

bajo la causal que se invoca en la tutela, esto es, la vulneración del debido proceso. (...) Adicional a lo anterior, no se desconoció el precedente contenido en la sentencia SU-424 de 2016 porque la Sección Primera del Consejo de Estado, aún con anterioridad a la providencia de la Corte Constitucional, tenía en cuenta el comportamiento subjetivo y consecuentemente la culpabilidad, cuando decide sobre la pérdida de la investidura de diputados o concejales”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de mayo de 2018, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-15-000-2017-00453-01\(AC\), S.V. Consejero Milton Chaves García.](#)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el análisis del juicio subjetivo en los procesos de pérdida de investidura, consultar la sentencia de unificación de 27 de septiembre de 2017, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, exp. 11001-03-15-000-2014-03886-00(PI) C.P. Alberto Yepes Barreiro de esta Corporación.

11. Auto que revoca medida cautelar no vulnera el derecho al debido proceso, ni incurre en defecto sustantivo.

Síntesis del caso: *En proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Departamento de Santander, se decretó como medida cautelar: 1) la suspensión de los actos administrativos, en virtud de los cuales se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del tutelante, y 2) el reintegro en una plaza similar dentro de la planta de personal. El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y el Director Administrativo de Talento Humano del departamento le informaron al actor que no existía un empleo con las mismas características del cargo que ocupaba. La magistrada ponente se abstuvo de abrir incidente de desacato en contra del representante legal del departamento de Santander y revocó la medida cautelar por imposibilidad jurídica y fáctica para dar cumplimiento.*

TUTELA CONTRA AUTO QUE REVOCA MEDIDA CAUTELAR / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / AUSENCIA DE DEFECTO SUSTANTIVO / ADECUADA APLICACIÓN NORMATIVA / DESVINCULACIÓN DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

Problema jurídico: *“¿Incurrió el Tribunal Administrativo de Santander en defecto sustantivo al revocar la medida cautelar decretada en el auto de 12 de diciembre de 2016?”.*

Tesis: *“Para la Sala, la decisión del Tribunal Administrativo de Santander se encuentra revestida del principio de autonomía judicial y es razonable, pues la norma en cita faculta al magistrado para que, de oficio o a petición de parte, puede revocar una medida cautelar si advierte que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento. Aunado a ello, en la decisión acusada de manera clara y expresa se indicó que las razones por las cuales se revocó la medida cautelar no constituyen prejulgamiento, lo cual implica que de accederse a las pretensiones en la sentencia judicial el Juez respectivo deberá ordenar el restablecimiento que en derecho corresponda. Por lo anterior, considera la Sala que no se incurrió en defecto sustantivo alegado, toda vez que la decisión se adoptó con base en el procedimiento contencioso administrativo preestablecido y con lo demostrado en el proceso y, el hecho de que la decisión le fuera desfavorable al actor, no significa que se haya vulnerado el debido proceso o algún derecho fundamental. En el sub lite, no se advierte entonces que el Tribunal Administrativo de Santander haya adoptado una decisión arbitraria o caprichosa, ni trasgresoras de los derechos fundamentales cuyo amparo aquí se reclama, luego, corresponde a la Sala negar el amparo solicitado”.*

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de abril de 2018, C.P. Milton Chaves García, radicación: 10001-03-15-000-2018-00314-00\(AC\).](#)

12. Cuando el título ejecutivo es una providencia judicial, no es suficiente con que se aporte la constancia de ejecutoria, sino que el documento debe ser auténtico.

Síntesis del caso: *La Unión Temporal MAVIG-DEPROCON interpuso demanda ejecutiva contra el Distrito Capital de Bogotá, con el fin de obtener el cumplimiento de lo ordenado en el laudo arbitral del 16 de febrero de 2009, que dirimió el conflicto suscitado con ocasión del contrato UEL-SED-04-131/00/03, cuyo objeto consistió en las obras de ampliación y mejoramiento de las instalaciones de dos instituciones educativas. El Juzgado 37 Administrativo de Bogotá denegó el mandamiento ejecutivo, con fundamento en que la demandante no aportó el título ejecutivo en debida forma, pues no allegó la copia auténtica de la sentencia T-511 de 2011 de la Corte Constitucional, del laudo arbitral del 16 de febrero de 2009 y de la Resolución 2130 del 25 de noviembre de 2015, mediante la cual la entidad ejecutada ordenó el pago del monto ordenado en el laudo. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, confirmó esta decisión.*

TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES / AUSENCIA DE DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO / EXIGENCIA DE COPIA AUTÉNTICA EN PROCESO EJECUTIVO

Problema jurídico: *“[C]onsiste en determinar si, a partir de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, para instaurar la demanda ejecutiva, solo se exige que la copia de la providencia que constituye el título contenga la constancia de ejecutoria, mas no que se trate de copia auténtica”.*

Tesis: *“[L]a Sala concluye que a la demandante no le asistió la razón al afirmar que, de acuerdo con la jurisprudencia reciente, en el proceso ejecutivo solo se exige que la providencia que constituye el título contenga la constancia de ejecutoria, mas no que se trate de copia auténtica. Por el contrario, el criterio de la Sección Tercera de esta Corporación, órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, consiste en que a esa clase de asuntos no se aplican las reglas sobre la validez de las copias simples y, por tanto, la providencia judicial que contiene la obligación clara, expresa y exigible, debía aportarse en original o copia auténtica. De acuerdo con lo anterior, el auto del 29 de noviembre de 2017, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C, no incurrió en defecto procedimental, por exceso ritual manifiesto, al concluir que la Unión Temporal MAVIG-DEPROCON debió aportar con la demanda la copia auténtica del laudo del 16 de febrero de 2009. Es pertinente dejar en claro que el principio de primacía del derecho sustancial sobre las formalidades no debe emplearse como excusa para desconocer los requisitos que la ley establece para cada trámite. Por lo tanto, no se configura la vulneración del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia cuando la parte interesada no cumple con las exigencias de los estatutos procesales para acceder a los juicios. Lo contrario pondría en peligro la estabilidad del sistema jurídico y los derechos fundamentales de la parte contraria (...) De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que los documentos que se aporten para constituir el título ejecutivo deben estar en original o copia auténtica, de acuerdo con las exigencias de ley. Cuando el título está conformado por una providencia judicial, no es suficiente con que se aporte la constancia de ejecutoria, sino que el documento debe ser auténtico. Queda así resuelto*

el problema jurídico y, en consecuencia, la Sala confirmará la decisión impugnada, por las razones expuestas”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de mayo de 2018, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 11001-03-15-000-2018-00445-01\(AC\).](#)

13. Se debe aplicar el régimen pensional especial a ex detective del DAS vinculado antes de que entrara a regir el decreto 1385 de 1994 y se ordena la reliquidación de la pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicio.

Síntesis del caso: *La UGPP por intermedio del Subdirector de Defensa Judicial Pensional interpuso acción de tutela para solicitar se dicte una nueva sentencia disponiendo liquidar la pensión de vejez de ex detective del DAS, aplicando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero teniendo en cuenta como IBL el promedio del tiempo que le hiciera falta o de los últimos 10 años, así como los factores salariales relacionados en el decreto 1158 de 1994.*

AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / RÉGIMEN PENSIONAL ESPECIAL PARA EX EMPLEADO DEL DAS / RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN CON EL RÉGIMEN ESPECIAL

Problema jurídico: *“¿Corresponde a la Sala determinar si la Sección Segunda Subsección “E” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al proferir sentencia de segunda instancia del 9 de noviembre de 2017, incurrió en defecto por desconocimiento del precedente contenido en la sentencia SU-230 de 2015 de la Corte Constitucional, al haber ordenado reliquidar la pensión del señor Oscar Eduardo Realpe Benavides bajo el régimen especial para ex detectives del DAS contenido en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989 y la jurisprudencia sobre el tema del Consejo de Estado?”*

Tesis: “[E]n casos con supuestos como el del ex detective del DAS (...), no aplica el precedente constitucional que se alega en esta tutela como desconocido. Y no aplica, porque, en situaciones como la suya, les asiste derecho al régimen pensional especial contemplado en los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989, no como resultado de ser beneficiarios del régimen de transición dispuesto en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino por cumplir los supuestos contemplados en el Decreto 1835 de 1994 y la Ley 860 de 2003. (...). Adicionalmente, no puede alegarse afectación a la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como excusa para alegar un supuesto desconocimiento del precedente constitucional, toda vez que la Corporación judicial accionada en su decisión, aplicando mandato constitucional, autorizó a la UGPP a hacer los descuentos sobre los factores que no se hubiera cotizado. Finalmente, tampoco se vislumbra que la providencia objeto de censura haya sido proferida con abuso del derecho, como lo afirma la entidad tutelante”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de mayo de 2018, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 11001-03-15-000-2018-01054-01.](#)

14. Se confirma decisión del Tribunal Administrativo del Meta que amparó los derechos a la salud, educación y vivienda digna del Resguardo Indígena Unuma Alto Vichada de Cumaribo, adicionando la decisión en el sentido de amparar también los derechos fundamentales a la identidad étnica y cultural y a retornar al territorio colectivo del cual fueron desplazados o a ser reubicados conforme al ordenamiento.

Síntesis del caso: *El Resguardo Unuma Alto Vichada de Cumaribo que ha sido víctima de desplazamiento forzado por el conflicto armado y se encuentra en condiciones de abandono y hacinamiento, no cuenta con atención básica en salud, vivienda, saneamiento básico, educación y seguridad alimentaria, circunstancia que ha hecho que se debiliten sus prácticas culturales y alimentarias generándose conflictos inter étnicos entre las distintas comunidades Unuma - Alto Vichada.*

COMUNIDADES INDÍGENAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - Resguardo Unuma Alto Vichada de Cumaribo / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Representación por vía de la agencia oficiosa: ONG Fundación Genérica Social y Humana / ESTADO DE INDEFENSIÓN Y CONDICIONES CULTURALES Y DE UBICACIÓN GEOGRÁFICA DE COMUNIDAD INDÍGENA - Flexibilizan la agencia oficiosa

Problema jurídico 1: *¿Se encuentra probada la legitimación en la causa por activa de la Fundación ONG Genérica Social y Humana para perseguir la protección de los derechos de la comunidad indígena?*

Tesis 1: “[E]l reconocimiento como sujetos colectivos de derechos fundamentales y autónomos se deriva de los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto y protección a la diversidad étnica y cultural, y es lo que les confiere el estatus jurídico para ser titulares colectivos de derechos fundamentales, así como para ejercer y reivindicar los derechos propios de la comunidad. (...) tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para invocar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también lo están aquellas organizaciones creadas para la defensa de los derechos de las etnias indígenas. (...) las pruebas aportadas por el agente oficioso con la solicitud de amparo y la amplia exposición de hechos que hizo de los mismos, así como del material probatorio que obra en el expediente (...) justifica la intervención de la FUNDACIÓN ONG GENÉRICA SOCIAL Y HUMANA en calidad de agente oficioso del Resguardo Unuma Alto Vichada. (...) La agencia oficiosa fue autorizada y ratificada por miembros del resguardo que hacen parte de sus estructura de autoridad, y quien la ejerce es una organización no gubernamental debidamente reconocida, cuyas finalidades, entre otras y conforme al Certificado de Existencia y Representación de la Cámara de Comercio de Bogotá que aportó su representante legal, es trabajar en pro de las etnias”.

CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD / COMUNIDAD INDÍGENA COMO SUJETO COLECTIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES AUTÓNOMOS

Problema jurídico 2: *¿Se supera en el presente asunto el requisito de subsidiariedad, habida cuenta que la acción de tutela está prevista para proteger derechos fundamentales de carácter particular?*

Tesis 2: “[L]a principal controversia jurídica planteada por la EPS INDÍGENA MALLAMAS en su impugnación se refiere a la improcedencia de la acción de amparo, en consideración a que ella no hace referencia a una vulneración o amenaza en concreto, respecto a individuos de la comunidad plenamente identificados y determinados. En consideración a ello, argumentó que no es posible conceder el

amparo por vía de tutela, pues el mecanismo está previsto para proteger derechos fundamentales de carácter particular e individual. Sobre este argumento, la Sala reitera que la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales del Resguardo Indígena Unuma Alto Vichada porque, se repite, la carta fundamental y el desarrollo jurisprudencial han sido pacíficos y claros al señalar que los colectivos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y que la vulneración de los derechos fundamentales de los que son titulares como grupo étnico, se irradia a cada uno de sus integrantes. (...) el agente oficioso advirtió que el abandono en que la institucionalidad nacional y territorial tiene a la comunidad indígena del Resguardo Unuma Alto Vichada de Cumaribo, vulnera los derechos fundamentales del colectivo étnico a la salud, a la educación, a la vivienda y amenaza sus derechos a la supervivencia, a la integridad y a la identidad étnica y cultural. Así pues, para la Sala se encuentra en evidencia que la protección constitucional invocada por el Resguardo Unuma Alto Vichada de Cumaribo, se refiere en exclusivo a derechos fundamentales que en nuestro estado social de derecho se reconocen a los colectivos étnicos, cuya vulneración o amenaza se concreta directamente en sus integrantes, motivo por el cual este requisito de procedibilidad se cumple en el caso sub examine”.

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE COMUNIDAD INDÍGENA / IMPOSIBILIDAD DE ACCESO EFECTIVO, REAL Y MATERIAL A UN SERVICIO INTEGRAL EN SALUD / DEFICIENCIA EN LA DISPOSICIÓN DE CENTROS PARA ATENCIÓN EN SALUD Y SERVICIOS DE TRANSPORTE

Problema jurídico 3: “¿Las entidades accionadas vulneran o amenazan el derecho fundamental a la salud del Resguardo Unuma Alto Vichada del municipio de Cumaribo?”

Tesis 3: “Es claro para esta Sala que ni el municipio de Cumaribo ni el departamento del Vichada ni la EPS INDÍGENA MALLAMAS, desvirtuaron el supuesto fáctico que sustentó el amparo constitucional de este derecho, es decir, no acreditaron la ejecución de ningún esquema de prestación del servicio de salud, tanto en el componente del aseguramiento como en el de salud pública a partir del cual, el Resguardo Indígena Unuma Alto Vichada y sus comunidades integrantes, reciban prestaciones en salud integrales, oportunas y de calidad. (...) no obra prueba que permita concluir la existencia de programas, inversiones, esquemas o planes que, en forma organizada y coordinada entre el municipio de Cumaribo, el departamento del Vichada y la EPS MALLAMAS, hayan asegurado para el Resguardo el cumplimiento de los elementos esenciales del derecho a la salud de la etnia, en especial el de accesibilidad y disponibilidad. (...) existe una vulneración del derecho a la salud de dicho colectivo étnico, en razón a que el resguardo Unuma Alto Vichada no cuenta con acceso efectivo, real y material, a un servicio integral de salud”.

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE COMUNIDAD INDÍGENA / AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DE ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL SERVICIO EDUCATIVO

Problema jurídico 4: “¿Las entidades accionadas vulneran o amenazan el derecho fundamental a la educación del Resguardo Unuma Alto Vichada del municipio de Cumaribo?”

Tesis 4: “[E]l municipio de Cumaribo no dispone de una infraestructura necesaria para brindar el servicio educativo a la comunidad indígena del Resguardo Unuma Alto Vichada, tampoco brinda acceso a programas de etnoeducación que cumplan los parámetros y estándares requeridos por el enfoque diferencial inherente a los colectivos étnicos, ni ofrece servicios que garanticen que las comunidades del resguardo, en especial los infantes y adolescentes, puedan desplazarse hacia los lugares más cercanos para recibir el servicio educativo. (...) el resguardo no ha contado hasta ahora

ni cuenta en la actualidad con la prestación efectiva del servicio educativo y de servicios complementarios requeridos por la ubicación geográfica de mismo, ni tampoco que se prevea, de manera concreta, la concertación con el resguardo de programas etnoeducativos que garanticen la participación de esta comunidad indígena en la construcción de los mismos y garantizar el enfoque diferencial propio de su derecho a la educación. En consecuencia la vulneración es clara”.

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA / ACCIONES TENDIENTES A MATERIALIZAR EL DESARROLLO Y EJECUCIÓN DE SOLUCIONES DE VIVIENDA PARA EL RESGUARDO UNUMA ALTO VICHADA - Ausencia de prueba

Problema jurídico 5: “¿Las entidades accionadas vulneran o amenazan el derecho fundamental a la vivienda digna del Resguardo Unuma Alto Vichada del municipio de Cumaribo?”

Tesis 5: “[E]l Resguardo Unuma Alto Vichada no ha sido beneficiario de programa o estrategia alguna, nacional o territorial, dirigida a proporcionar a este colectivo étnico y desplazado, soluciones de vivienda digna en el marco de sus especiales condiciones de identidad cultural. (...) en el presente caso no se encuentra acreditado en el plenario y de manera concreta, que las entidades territoriales hayan desplegado acciones tendientes a materializar, para el Resguardo Unuma Alto Vichada, el desarrollo y la ejecución de soluciones de vivienda que les permitan, en el marco de su identidad cultural y étnica, acceder en forma efectiva y eficaz a los programas previstos por la política pública nacional en materia de vivienda, por lo que esta Sala considera vulnerado el derecho fundamental a la vivienda del resguardo y su comunidad”.

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN - Ausencia de respuesta / INFORMACIÓN RELACIONADA CON LA DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES TRANSFERIDOS AL DEPARTAMENTO DEL VICHADA Y AL MUNICIPIO DE CUMARIBO

Problema jurídico 6: ¿La Alcaldía municipal de Cumaribo respondió los requerimientos hechos por la Fundación ONG Genérica Social y Humana y el Gobernador del Cabildo Indígena relacionados con el destino de los recursos del Sistema General de Participaciones?”

Tesis 6: “[L]a Alcaldía Municipal de Cumaribo guardó silencio en relación con este aspecto, motivo por el cual esta Sala considera que también se ha vulnerado el derecho de petición de información del Resguardo Unuma Alto Vichada (...) dicha afectación se encuentra estrechamente ligada al aseguramiento, real y material, de los derechos fundamentales a la salud, a la educación y a la vivienda digna de dicha comunidad indígena, y por esta vía, a la garantía de sus derechos fundamentales a la identidad y supervivencia étnica y cultural. (...) uno de los elementos esenciales para lograr el amparo de los derechos a la salud, educación y vivienda del Resguardo Indígena Unuma Alto Vichada, esta traspasado por la necesidad de que tal comunidad esté debida y oportunamente informada acerca de los recursos del Sistema General de Participaciones transferidos al departamento del Vichada y al municipio de Cumaribo, la planeación prevista para la inversión de los mismos y la distribución que en el territorio se realiza de ellos, de forma tal que, a partir de ello, este garantizado su derecho a participar activamente en todas las decisiones que los impactan como colectivo étnico de especial protección constitucional, especialmente en lo relativo a la planeación de las inversiones y la ejecución de los recursos, atendiendo a sus necesidades propias y a sus condiciones diferenciales”.

VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL TERRITORIO DE COMUNIDAD INDÍGENA

Problema jurídico 7: “¿Las entidades accionadas vulneran o amenazan el derecho fundamental al territorio del Resguardo Unuma Alto Vichada del municipio de Cumaribo?”

Tesis 7: “La comunidad del Resguardo Indígena Unuma Alto Vichada fue desplazada de su territorio colectivo, sin que a la fecha haya sido garantizado, por la institucionalidad, su derecho al retorno y/o a la reubicación. (...) Los miembros de la comunidad indígena (...) no cuentan en la actualidad con el reconocimiento de su condición de víctimas, pues no tienen certeza acerca de su inscripción como tales en el Registro Único de Víctimas. (...) La comunidad del resguardo no cuenta, en el lugar de asentamiento actual, con medios de subsistencia acordes a su plan de vida colectivo, que les permitan desarrollar el auto sostenimiento de la comunidad conforme a su identidad étnica y cultural”.

RESPONSABILIDAD DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DE GARANTIZAR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD - EPS Indígena MALLAMAS

Problema jurídico 8: ¿Es procedente la pretensión de la EPS Indígena MALLAMAS e vincular a las IPS que hacen parte de su red prestadora de servicio de salud para la atención en salud de la comunidad del Resguardo Indígena Unuma Alto Vichada?

Tesis 8: “[E]s a la empresa promotora de salud a quien corresponde garantizar la prestación de los servicios de salud, bien sea directamente o a través de instituciones prestadoras que contrata para tal fin, de manera que no resulta posible ordenar el amparo a quien no ostenta la calidad de asegurador, porque a este compete brindar los servicios de salud en los términos que convenga y establezca con la empresa promotora de salud. (...) conforme a la normatividad las EPS tienen la libertad de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y el tipo de servicios que serán objeto de cada uno, siempre que garanticen a sus usuarios un servicio integral y de buena calidad. Por tanto, los afiliados deben acogerse a la IPS que le es dispuesta por su respectiva EPS, aunque sus preferencias se inclinen por otras instituciones, máxime cuando se trata, como en este caso, de servicios de salud que deben prestarse a comunidades que se encuentran en ubicaciones geográficas lejanas de la cabecera municipal de Cumaribo donde se ubican las IPS de la red integrada por MALLAMAS, y también, porque la EPS tiene garantizada plena libertad de conformar su red de servicios, para lo cual cuentan con la facultad de contratar o de celebrar convenios con las IPS que lo consideren pertinente, con la obligación de brindarle un servicio integral y de calidad de salud a los afiliados”.

Nota de relatoría: La providencia desarrolla el marco normativo y jurisprudencial de los derechos fundamentales a la salud, educación, vivienda digna, diversidad e identidad cultural de las comunidades y grupos étnicos, territorio colectivo de las comunidades indígenas y analiza el enfoque diferencial de dichos derechos fundamentales en las comunidades indígenas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de mayo de 2018, C.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 50001-23-33-000-2017-00348-01\(AC\)](#)

15. Se confirma el rechazo por caducidad de la demanda de reparación directa en atención a la fecha en la que cesó el desplazamiento forzado, por el retorno de los demandantes al país según certificación de registro de viajes expedida por Migración Colombia.

Síntesis del caso: *La parte actora interpone acción de tutela para que se dejen sin efecto las providencias mediante las cuales se dispuso rechazar la demanda en acción de reparación directa, por haberse causado presuntamente la caducidad de la acción y que se dicte una nueva providencia debidamente motivada. La finalidad de la acción es obtener la indemnización por los perjuicios causados por el desplazamiento forzado al que fue sometido él y su grupo familiar.*

AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / VÍCTIMAS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

Problema jurídico: *“¿Corresponde a la Sala determinar de conformidad con los cargos expuestos en la impugnación si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido el 21 de marzo de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que denegó la tutela, al considerar que la autoridad judicial demandada no había incurrido en el defecto fáctico ni en el desconocimiento del precedente invocado por la parte actora. Para el efecto, habrá de estudiarse, si con la providencia demandada, de segunda instancia, se vulneraron los derechos fundamentales alegados por el accionante, al confirmar la providencia por la cual se rechazó por caducidad la demanda de reparación directa promovida contra la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV) y otras entidades, por el desplazamiento forzoso al que se fue sometido tanto él como su grupo familiar?”*

Tesis: “[P]ara la Sala la autoridad judicial demandada no incurrió en el desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes ni resulta irracional o arbitraria la valoración de las pruebas aportadas, pues en lo particular, respecto del reconocimiento de su condición de desplazados, a través de la mencionada resolución, en la providencia cuestionada se señaló que ésta no constituía un punto de partida para contar la caducidad. En efecto, se observa que en dicho auto se precisó que la aludida prueba documental no daba cuenta de la cesación del desplazamiento ni de la condena de sus autores, sino del agotamiento de una actuación administrativa cuya finalidad no era otra que el acceso a los programas dispuestos para las víctimas de tal fenómeno, como sí lo fue la certificación de registro de viajes de cada uno de los demandantes, expedida por Migración Colombia. (...). Adicionalmente, debe indicarse que con la providencia acusada tampoco se desconoció el artículo 66 de la Ley 1448 de 2011 ni su análisis de constitucionalidad, puesto que fue precisamente en atención a sus condiciones de víctimas de desplazamiento forzado que analizó la apelación interpuesta, para concluir que como dicho reconocimiento lo solicitaron el 9 de enero de 2014, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada norma, lo contemplado en la sentencia SU 254 de 2013 no les era aplicable. (...). Al respecto, para la Sala el defecto fáctico invocado no se configura, puesto que la valoración probatoria que efectuó la autoridad judicial demandada no fue caprichosa ni arbitraria, por lo que se advierte que lo pretendido por el demandante es reabrir un análisis ya concluido por el juez natural de la causa, que en virtud de su autonomía judicial, confirmó el auto que rechazó por caducidad la demanda de reparación directa, en atención a la fecha en la que cesó el desplazamiento forzado”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 15 de mayo de 2018, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-15-000-2017-03480-01.](#)

Acción popular

16. Se confirma medida cautelar que busca adelantar un plan de vigilancia y control de todas las obras urbanísticas de la ciudad de Cartagena.

Síntesis del caso: *El Tribunal Administrativo de Bolívar al conocer del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, decretó medidas cautelares encaminadas a que se adelante por parte del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Distrito de Cartagena - Secretaría de Planeación, las alcaldías locales 1, 2 y 3 y las Curadurías Urbanas 1 y 2, un plan de vigilancia y control de todas las obras urbanísticas de la ciudad de Cartagena de Indias. La Curaduría Urbana número 2 considera que se le está imponiendo una medida que escapa a las competencias que se le han asignado en la ley.*

RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO QUE DECRETA MEDIDA CAUTELAR EN ACCIÓN POPULAR / COMPETENCIA DE LA CURADURÍA URBANA NÚMERO DOS DE CARTAGENA DE INDIAS - Trámite y otorgamiento de licencias y su posterior comunicación a las entidades administrativas que ejercen el control / ADELANTO DE CONSTRUCCIONES ALREDEDOR DE LA CIUDAD DE CARTAGENA DE INDIAS SIN LICENCIAS URBANÍSTICAS

Problema jurídico: “¿La medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, a cargo de la Curaduría Urbana nro. 2, impone a esa entidad funciones y competencias por fuera de lo señalado en la Ley?”

Tesis: “[L]a orden impartida a la Curaduría Urbana Nro. 2 en la providencia de 30 de junio de 2017 es genérica y clara en señalar que la participación de esa entidad, en la realización de un plan de vigilancia y control de todas las obras urbanísticas de la ciudad de Cartagena, lo es únicamente en el marco de sus funciones y competencias, dentro de las cuales debe entregar a los órganos de vigilancia y control, la información de todas aquellas licencias que otorgó o que tramita en la actualidad, o que suministre cualquier otra que sirva de referente o facilite la ubicación de los predios donde se desarrollan obras urbanísticas o de construcción, la individualización de los responsables de las mismas; sin que dicha actuación comporte la adopción de atribuciones distintas a las que le han sido asignadas en virtud de la ley. (...) La medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Bolívar (...) respecto de las curadurías urbanas, en especial la Curaduría Urbana nro. 2, resulta consecuente y adecuada a las funciones asignadas en virtud de las leyes 388 y 810 a tales entidades, dentro de los procesos de desarrollo urbanístico de las ciudades”.

Nota de Relatoría: La providencia desarrolla el marco normativo relacionado con el objeto y funciones de las curadurías urbanas.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de 26 de abril de 2018, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación: 13001-23-33-000-2017-00557-01\(AP\)A.](#)

VII. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

17. No hay lugar a declarar la responsabilidad del legislador por los supuestos daños causados a la sociedad Mercedes Benz Colombia S.A. con el cobro de la tasa especial por servicios aduaneros, TESA, consagrada en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, por haber sido tales normas declaradas inexecutable por la Corte Constitucional.

Síntesis del caso: *“Entre enero y octubre de 2001, la sociedad Mercedes Benz Colombia S.A. canceló lo correspondiente a la TESA consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, los cuales fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-992 de 19 de septiembre de 2001, decisión que tenía efectos hacia futuro en tanto que la misma Corte no le confirió efectos retroactivos. En el ejercicio de la acción de reparación directa, la sociedad actora solicita que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación-Congreso de la República por el supuesto daño antijurídico causado por esas normas, a saber, lo pagado por concepto de esa tasa y que, a título indemnizatorio, se le devuelvan dichas sumas, con los respectivos intereses”.*

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Procedencia de la acción de reparación directa

Problema jurídico 1: *¿Puede pedirse, mediante acción de reparación directa, que se declare la responsabilidad patrimonial del Congreso de la República por las sumas pagadas en virtud de normas tributarias declaradas inexecutable?*

Tesis 1: *“Aunque es cierto que, como lo pusieron de presente varias de las decisiones judiciales proferidas en el marco de los denominados casos TESA, el ordenamiento jurídico consagra una vía procesal para solicitar la devolución de lo pagado en exceso y lo indebidamente pagado por concepto de obligaciones aduaneras o tributarias - artículos 850 a 865 del Estatuto Tributario, reglamentados por el Decreto 1000 de 1997-, el hecho de que la sociedad actora no haya demostrado el haber acudido a ese mecanismo con el fin de obtener que la DIAN le devolviera lo pagado por concepto de la TESA no desvirtúa la aptitud sustantiva de la presente demanda de reparación directa interpuesta contra la Nación-Congreso de la República para obtener la indemnización del supuesto daño consistente en el pago de dicha tasa. En efecto, al margen de la coincidencia material que puede darse sobre lo perseguido en uno y otro caso, lo cierto es que en el marco de la presente acción de reparación directa lo que se pretende no es, en estricto sentido, la devolución del impuesto que se considera pagado indebidamente, sino la indemnización de un supuesto daño antijurídico que, aunque se hace consistir en dicho pago, no se imputa a la entidad que lo recaudó, esto es, a la DIAN, que es aquélla ante quien habría podido hacer la reclamación tendiente a obtener su devolución, sino a la Nación-Congreso de la República, persona jurídica diferente cuya declaratoria de responsabilidad bien puede perseguirse a través de la acción de reparación directa, al margen de su vocación de prosperidad.”*

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES – Análisis de antijuridicidad

Problema jurídico 2: *¿La decisión adoptada sobre la inexequibilidad de una ley supuestamente causante de un daño es relevante en el análisis que debe adelantarse para determinar la antijuridicidad del daño?*

Tesis 2: “La decisión adoptada sobre la inexequibilidad de la ley o la nulidad del acto administrativo supuestamente causante de un daño es relevante en el análisis que debe adelantar el juez de la responsabilidad del Estado sobre la antijuridicidad de este último, la Sala considera que el criterio de antijuridicidad que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico es aquél que se funda en los efectos de la sentencia proferida en sede de legalidad y no en la constatación que ésta realizó sobre la contrariedad de la norma o acto con las normas superiores”.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Inexequibilidad de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, TESA / RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES – Ausencia de antijuridicidad

Problema jurídico 3: *“¿Hay lugar a declarar la responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por los daños que haya podido causar la expedición de una ley posteriormente declarada inexequible, sin efectos retroactivos, por la Corte Constitucional?” ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por los daños que haya podido causar a la sociedad Mercedes Benz Colombia S.A. la expedición de la Ley 633 de 2000, posteriormente declarada inexequible, sin efectos retroactivos, por la Corte Constitucional?”*

Tesis 3: “La Sala concluye que la sociedad actora no demostró que al haber pagado la tasa especial aduanera consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 durante el tiempo en que estuvieron vigentes, sufrió un daño en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y, en consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia para denegar las pretensiones de la demanda”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00208-01\(28769\)\(IJ\)](#)

* Aclararon su voto los consejeros Rocío Araújo Oñate, Stella Conto Díaz del Castillo, Milton Chaves García, Jaime Enrique Rodríguez Navas, Alberto Yepes Barreiro, Marta Nubia Velásquez Rico.

* Salvaron su voto los consejeros Stella Jeannette Carvajal Basto, María Elizabeth García González, César Palomino Cortés, Guillermo Sánchez Luque, Julio Roberto Piza Rodríguez, Roberto Augusto Serrato Valdés, Carlos Alberto Zambrano Barrera y Oswaldo Giraldo López.

Aclaraciones de voto

Aclaración de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES – Análisis de antijuridicidad

Tesis 1: “Al decir la sentencia que “el análisis de la antijuridicidad del daño que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico, es aquel que se funda tanto en la declaratoria de inexecutable como en los efectos de la misma”, confunde la noción de daño antijurídico con el título de imputación del mismo. Debe recordarse que el daño se torna antijurídico en razón a que la víctima no tiene el deber de soportarlo y no por virtud de la declaratoria de inexecutable y sus efectos, pues puede ocurrir que una norma executable produzca un daño antijurídico o que, una norma cuya declaratoria de inexecutable tenga efectos a futuro, también lo haga. En este sentido, considero que la declaratoria de inexecutable de la norma y los efectos de la misma es tan sólo uno de los criterios de análisis que le permiten al juez de la responsabilidad, determinar el título de imputación del daño y no la antijuridicidad del mismo.(...) La declaratoria de inexecutable de una norma y los efectos de la misma debe ser un criterio a tener en cuenta para establecer el título de la imputación del daño y no para determinar la antijuridicidad del daño, pues el daño adquiere dicha connotación cuando se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas o cuando se defrauda el principio de confianza legítima de los particulares, lo cual puede ocurrir con independencia de la declaratoria de executable de una norma”.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Elementos

Tesis 2: “Aun cuando la antijuridicidad del daño es lo que resulta relevante a efecto de deducir la posible responsabilidad del Estado-Legislator, tal juicio no puede efectuarse si no se acredita la totalidad de los elementos en materia de responsabilidad, esto es: i) La existencia del daño ii) La antijuridicidad del mismo iii) Que dicho daño antijurídico sea imputable al Estado-Legislator y iv) El nexo causal entre el daño antijurídico y el sujeto causante del mismo, y que justifica atribuir a este el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone. Advierto que en el caso concreto se omitió analizar si el daño alegado por la sociedad demandante era imputable al Congreso de la República o no, así como el título por el cual se imputaba el mismo. Ello implicó dejar de lado un examen que, en estos casos es esencial, referido a las eximentes de responsabilidad por el hecho de un tercero o por la propia culpa de la víctima, y efectuar el pronunciamiento correspondiente en cuanto al estudio del título de la imputación y su atribución o no al legislador. De igual manera, no debe perderse de vista que la declaración de inexecutable de una norma, implica que un tercero, en este caso, la Corte Constitucional, en ejercicio de su función de garante de la supremacía de la Constitución, excluya del ordenamiento un precepto, hecho que, en sí mismo, no puede ser el fundamento para edificar responsabilidad por parte del legislador”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00208-01\(28769\)\(IJ\), A.V. Consejera Rocío Araújo Oñate.](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Legitimación material en la causa por pasiva

Tesis: “Si bien acompañé la decisión en comento, considero que el análisis realizado sobre la aptitud de la demanda de reparación directa pone de presente la existencia de una falta de legitimación material en la causa por pasiva respecto de la Nación- Congreso de la República, pues la certeza en cuanto a la ocurrencia del daño deviene de la denegación por parte de la DIAN frente a la solicitud de devolución formulada por la sociedad demandante, es decir, que la fuente del daño sería el acto administrativo expedido por la DIAN, de manera que se trata de

un elemento que no puede verse desligado en el estudio para concluir que el daño no tiene el carácter de ser antijurídico y que el Congreso ostenta legitimación, pues, como queda visto, al margen de la valoración sobre la antijuridicidad, lo cierto es que no lo causó directamente. En estas condiciones, es dable considerar que se encontraba configurada la falta de legitimación material en la causa por pasiva de la Nación – Congreso de la República, razón suficiente para apoyar la denegatoria de las pretensiones de la demanda y, por ende, la confirmación del fallo apelado”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00208-01\(28769\)\(IJ\), A.V. Consejera Marta Nubia Velásquez Rico.](#)

Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – El eventual daño antijurídico se origina en la aplicación de la norma declarada inconstitucional, no en su expedición

Tesis: “En el presente caso, hubo un daño representado en el menoscabo patrimonial de la sociedad demandante, independientemente del monto pagado, el cual resultó antijurídico, porque en virtud de la declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 por la Corte Constitucional, no había fundamento jurídico para negar su devolución. Sin embargo, este daño antijurídico se origina en la aplicación de la norma que fue declarada inconstitucional, no en su expedición. Las leyes son generales, impersonales y abstractas. Es por ello que la sola aprobación, sanción o promulgación de una norma no puede generar un daño. Es la aplicación de una norma contraria a la constitución o a la Ley -en el caso de decretos reglamentarios o actos administrativos generales- lo que puede generar un daño antijurídico. En el presente caso el demandante presentó la declaración de importación e incluyó el pago de la tasa especial de servicios aduaneros. Dado que, con posterioridad, la norma fue declarada inexecutable, si su situación no estaba consolidada, hubiese podido solicitar la corrección de la declaración de importación, para posteriormente obtener la devolución de lo pagado indebidamente. Como la sociedad demandante no siguió este procedimiento establecido por el Estatuto Aduanero vigente para la época de los hechos, no podía reclamar la responsabilidad del Estado por su propia omisión”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00208-01\(28769\)\(IJ\), A.V. Consejero Milton Chaves García.](#)

Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – El eventual daño antijurídico se origina en la aplicación de la norma declarada inconstitucional, no en su expedición

Tesis: “El Estado puede ver comprometida la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador por falla del servicio, por transgresión del principio de confianza legítima, o por la quiebra del principio de igualdad que debe imperar en la distribución de las cargas públicas. Como regla, puede decirse que las leyes que se expiden conforme a su atributo característico de generalidad no tienen aptitud per se para causar daño resarcible, pues, para que tal daño se concrete, será necesaria la mediación del poder de ejecución de la ley; la reparación del daño en tales casos tendrá como presupuesto la contradicción del acto ejecutor de

la ley, y el sujeto de derecho público responderá patrimonialmente por causa del acto ejecutor expedido sin consideración a la excepción de inconstitucionalidad que haya propuesto el damnificado. Esta regla puede tener casos excepcionales, como aquellos en los que el legislador prohíbe abruptamente una actividad que hasta entonces era lícita, por cuanto la prohibición se hace efectiva ipso iure y la actividad de ejecución de la ley se concreta en el acto sancionatorio por infracción de aquella. En el caso sub lite la ley 633 de 2000 dispuso en el artículo 57 la obligación de pago de una tasa por parte de todos los usuarios de los servicios aduaneros, de forma que sirvió como fuente para la creación de una obligación general y en cuanto tal carecía de aptitud para causar daño resarcible a persona alguna. La declaración de inexecutable que hizo la Corte Constitucional respecto de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 podría tener incidencia en un juicio de imputación del daño, siempre que estuviera acreditada previamente la causación de un daño resarcible. No era este el caso”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00208-01\(28769\)\(IJ\), A.V. Consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas.](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Tesis: “Estuve plenamente de acuerdo con la parte resolutive de la decisión objeto de aclaración, ya que, ciertamente, no se daban los presupuestos para declarar administrativamente responsable al Estado, lo que imponía la revocatoria de la sentencia apelada. Pese a lo anterior, en lo que respecta a la parte motiva de esta decisión, lo cierto es que mi posición es la que quedó plasmada en la sentencia dictada por esta Sala, el pasado 21 de marzo de 2018, pero dentro del radicado 25000-23-26-000-2003-00206-01, motivación que dista parcialmente de lo expresado en la providencia objeto de esta aclaración”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00208-01\(28769\)\(IJ\), A.V. Consejero Alberto Yepes Barreiro.](#)

Salvamentos de voto

Salvamento de voto de los consejeros Jeannette Carvajal Basto, María Elizabeth García González, César Palomino Cortés, Guillermo Sánchez Luque, Julio Roberto Piza Rodríguez, Roberto Augusto Serrato Valdés, Carlos Alberto Zambrano Barrera

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Improcedencia de la acción de reparación directa

Tesis: “La sociedad demandante debió pedir la devolución de lo indebidamente pagado con ocasión de la declaratoria de inexecutable del cobro la TESA, con fundamento en las disposiciones referidas del Estatuto Tributario y, en caso de obtener respuesta negativa o silencio de la Administración, demandar el acto administrativo desfavorable en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época. Lo anterior, por cuanto el contencioso de restablecimiento o nulidad resarcitoria tiene por finalidad asegurar la regularidad de la actuación administrativa y la protección de un derecho subjetivo vulnerado por el acto y, como ya se indicó, no hay lugar a reclamar directamente ante la jurisdicción un derecho, cuando no se ha reclamado previamente ante la administración. En tal virtud, en este caso se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda, pues la sociedad demandante interpuso el medio de control de

reparación directa con el propósito de obtener la devolución de lo pagado indebidamente, sin obtener el pronunciamiento previo de la administración, el cual una vez emitido, debió discutirse vía nulidad y restablecimiento del derecho. Por ello, la Sala debió declararse inhibida para conocer de las pretensiones de la demanda.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00208-01\(28769\)\(IJ\), S.V. Consejeros Jeannette Carvajal Basto, María Elizabeth García González, César Palomino Cortés, Guillermo Sánchez Luque, Julio Roberto Piza Rodríguez, Roberto Augusto Serrato Valdés, Carlos Alberto Zambrano Barrera.](#)

Salvamento de voto del consejero Oswaldo Giraldo López

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Procedencia de la acción de reparación directa / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR –Legitimación en la causa por pasiva

Tesis: “Considero que en el análisis efectuado se omitió el punto consistente en determinar la naturaleza del litigio. En mi sentir, lo que define si la demanda es de reparación directa o si se trata de un asunto tributario es la pretensión, y en este caso, al revisar la demanda, se advierte que la sociedad demandante no solicita indemnización a título de lucro cesante ni de daño emergente, que es lo que caracteriza el perjuicio en la reparación directa, sino que lo que pretende es la devolución del tributo que pagó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN), de manera tal que el proceso no tiene la naturaleza de un asunto de responsabilidad extracontractual del Estado sino de un asunto tributario. (...) Esta última es una pretensión esencialmente de carácter tributario, y para agotarla, el ordenamiento jurídico contenido en los artículos 850 a 865 del Estatuto Tributario, reglamentados por el Decreto 1000 de 1997, establece un procedimiento que debe surtir, consistente en acudir a la Administración y reclamar la devolución del tributo. En caso de que esa pretensión sea resuelta desfavorablemente al contribuyente, éste puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para que sea ésta quien decida si le asistía o no razón a la DIAN al negar la devolución del tributo. Ese es el escenario que legalmente corresponde para la pretensión que se formula en este asunto, pues, permitir la vía que sigue la demandante, conduciría a que se acuda a la acción de reparación directa frente a todas las reclamaciones que, como ésta, deben surtir primero administrativamente. Por consiguiente, a mi juicio, no había lugar a que se profiriera un fallo de fondo en este proceso. Además, al dirigirse contra el Congreso de la República la pretensión de devolución del tributo pagado, es evidente que se incurre en error, pues aquel carece de legitimación por pasiva para atender tal solicitud”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 13 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00208-01\(28769\)\(IJ\), S.V. Consejero Oswaldo Giraldo López.](#)

18. No hay lugar a declarar la responsabilidad del legislador por los supuestos daños causados a la sociedad Glaxosmithkline Colombia S.A. con el cobro de la tasa especial por servicios aduaneros, TESA, consagrada en los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, por haber sido tales normas declaradas inexequibles por la Corte Constitucional.

Síntesis del caso: “Entre enero y octubre de 2001, la sociedad Glaxosmithkline Colombia S.A. canceló lo correspondiente a la TESA consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000, los cuales fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-992 de 19 de septiembre de 2001, decisión que tenía efectos hacia futuro en tanto que la misma Corte no le confirió efectos retroactivos. En el ejercicio de la acción de reparación directa, la sociedad actora solicita que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación-Congreso de la República por el supuesto daño antijurídico causado por esas normas, a saber, lo pagado por concepto de esa tasa y que, a título indemnizatorio, se le devuelvan dichas sumas, con los respectivos intereses”.

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Procedencia de la acción de reparación directa / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Diferencias con el de nulidad y restablecimiento del derecho para la devolución de impuestos pagados indebidamente o en exceso

Problema jurídico 1: *¿Puede pedirse, mediante acción de reparación directa, que se declare la responsabilidad patrimonial del Congreso de la República por las sumas pagadas en virtud de normas tributarias declaradas inexequibles?*

Tesis 1: “En el marco de la presente acción de reparación directa lo que se pretende no es, en estricto sentido, la devolución del impuesto que se considera pagado indebidamente o en exceso, sino la indemnización de un supuesto daño antijurídico que, aunque se hace consistir en dicho pago, no se imputa a la entidad que lo recaudó, esto es, a la DIAN, sino a la Nación-Congreso de la República, persona jurídica diferente cuya declaratoria de responsabilidad bien puede perseguirse a través de la acción de reparación directa, al margen de su vocación de prosperidad. En este sentido vale la pena recordar que, como lo indicó la Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la interpretación de esta norma que es compatible con el artículo 90 superior es la que ha sido adoptada por el Consejo de Estado, a saber, aquella según la cual “dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa se encuentran los hechos u omisiones imputables al Legislador”, de modo que, al estimar que el daño cuya reparación se pretende es imputable a este último, la sociedad actora estaba perfectamente legitimada para hacer valer dicha pretensión a través de la acción de reparación directa, medio de control que, como su nombre lo indica, puede incoarse sin necesidad de provocar el pronunciamiento previo de la administración y que, como se explicó en la providencia de 13 de marzo pasado, tiene un objeto distinto al del mecanismo administrativo que, de acuerdo con el Estatuto Tributario, habría podido adelantarse para la devolución del impuesto y al de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho al que este habría dado lugar”.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES – Análisis de antijuridicidad / INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

Problema jurídico 2: *¿La decisión adoptada sobre la inexecutable de una ley supuestamente causante de un daño es relevante en el análisis que debe adelantarse para determinar la antijuridicidad del daño?*

Tesis 2: “El mismo ordenamiento jurídico prevé que normas declaradas inconstitucionales sean, temporalmente, de obligatorio cumplimiento para los particulares, sin que ello implique menoscabo del principio de supremacía de la Constitución pues, en realidad, es un efecto de la realización de principios y valores constitucionales. Así pues, no le asiste razón a la denominada tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior cuando señala que hay una incoherencia lógica entre admitir que la declaratoria de inexecutable hace desaparecer la norma del ordenamiento y, al mismo tiempo, consolida las situaciones causadas con anterioridad pues, en realidad, lo que significa la declaratoria de inexecutable con efectos hacia futuro es que si bien la norma tenía un vicio de inconstitucionalidad, es constitucional mantener su vigencia -y, por ende, su obligatoriedad- entre su expedición y dicha declaratoria, de donde se deriva que durante ese período existía la obligación jurídica de asumir las cargas por ella impuesta. (...) Teniendo claro entonces que, en todo caso, la decisión adoptada sobre la inexecutable de la ley o la nulidad del acto administrativo supuestamente causante de un daño es relevante en el análisis que debe adelantar el juez de la responsabilidad del Estado sobre la antijuridicidad de este último, la Sala considera que el criterio de antijuridicidad que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico es aquél que se funda en los efectos de la sentencia proferida en sede de legalidad y no en la constatación que ésta realizó sobre la contrariedad de la norma o acto con las normas superiores”.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES – Análisis de la antijuridicidad del daño corresponde al juez administrativo

Problema jurídico 3: *¿Debe inferirse la existencia de un daño antijurídico siempre que se declaren inexecutable normas, o corresponde al juez administrativo analizar en cada caso la antijuridicidad del daño?*

Tesis 3: “A juicio de la Sala, los análisis llevados a cabo en sede administrativa y judicial sobre si el pago de la TESA era debido o no, no agotan el estudio que debe adelantar el juez de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador sobre si dicho pago es antijurídico o no pues, como se expuso en el acápite IV.2. de la sentencia de 13 de marzo de 2018, tratándose del daño supuestamente causado por una ley declarada inexecutable, la definición de su antijuridicidad supone la adopción de un criterio propio del juez de la reparación directa sobre lo que determina que, en el caso concreto, el pago de la tasa fuera una carga que el particular estuviera o no en la obligación jurídica de asumir: si el estar fundada en una norma vigente o, más bien, en una acorde con la Constitución Política. Es de anotar que aunque materialmente dicho análisis puede resultar coincidente con el llevado a cabo por la DIAN y por los jueces de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, no se identifica con él, en tanto que el allí realizado está centrado en la legalidad de la actuación administrativa de recaudo del tributo, mientras el que debe emprender el juez de la responsabilidad supone que, tomándose en consideración la decisión adoptada en materia de inexecutable de la ley, se determine si las cargas impuestas por esta última son de aquéllas que el particular está en la obligación jurídica de asumir o no”.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Inexecutable de la Tasa Especial por Servicios Aduaneros, TESA / RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES – Ausencia de antijuridicidad

Problema jurídico 4: “¿Hay lugar a declarar la responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por los daños que haya podido causar la expedición de una ley posteriormente declarada inexecutable, sin efectos retroactivos, por la Corte Constitucional?” ¿Hay lugar a declarar la responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por los daños que haya podido causar a la sociedad Glaxosmithkline S.A. la expedición de la Ley 633 de 2000, posteriormente declarada inexecutable, sin efectos retroactivos, por la Corte Constitucional?”

Tesis 4: “La Sala concluye que la sociedad actora no demostró que al haber pagado la tasa especial aduanera consagrada por los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 durante el tiempo en que estuvieron vigentes, sufrió un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y, en consecuencia, hay lugar a confirmar el fallo de primera instancia, denegatorio de las pretensiones de la demanda”.

CONDENA EN COSTAS – Procedencia

Problema jurídico 5: “¿Hay lugar a condenar en costas a la parte actora por haber obtenido judicialmente la devolución de lo pagado por TESA en una declaración de importación y posteriormente solicitar la devolución por el mismo concepto mediante acción de reparación directa?”

Tesis 5: “De conformidad con el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, “se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: (...) 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad”, circunstancia que se verifica en el sub examine pues se tiene que, mediante auto de 6 de marzo de 2003, el a quo ordenó a la sociedad actora que precisara si había solicitado a la DIAN la devolución de lo cancelado por concepto de la tasa declarada inexecutable y, de ser el caso, que aportara las pruebas relacionadas con este hecho, orden frente a la cual, en memorial presentado el 13 de marzo de 2003, la apoderada judicial de la actora manifestó expresamente que “mi representada no ha solicitado directamente la devolución de la TESA ante la DIAN”. No obstante, de acuerdo con lo acreditado en el proceso, la Sala advierte que antes de esa fecha -13 de marzo de 2003-, esta sociedad no sólo había elevado peticiones en ese sentido, sino que también había interpuesto recursos de reconsideración contra las resoluciones mediante las cuales la DIAN las resolvió desfavorablemente, de modo que, al contestar la orden del a quo, la parte faltó abiertamente a la verdad. Circunstancia a la que se agrega el hecho de que, al abstenerse de informar a este proceso que, en la sentencia de 19 de mayo de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación, se ordenó que, a título de restablecimiento del derecho, se le devolviera lo pagado por concepto de la TESA en la declaración de importación n.º 09019110344891-4, la sociedad actora dejó abierta la posibilidad de obtener una doble indemnización por el mismo concepto, pues ese valor fue uno de los relacionados en la demanda como aquellos por los cuales pretendía ser indemnizada a través de la presente acción de reparación directa –supra párr. 11.9.1 pie de página n.º 14 y párr. 15.2.2-. Por estas razones, la Sala la condenará en costas y en ese sentido modificará la sentencia de primera instancia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00206-01\(29352\)\(IJ\).](#)

* Aclararon su voto los consejeros Rocío Araújo Oñate, Stella Conto Díaz del Castillo, María Adriana Marín, Oswaldo Giraldo López, Carlos Enrique Moreno Rubio, Danilo Rojas Betancourth, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Marta Nubia Velásquez Rico, Milton Chaves García, Jaime Enrique Rodríguez Navas y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

* Salvaron su voto los consejeros Stella Jeannette Carvajal Basto, María Elizabeth García González, César Palomino Cortés, Julio Roberto Piza Rodríguez, Roberto Serrato Valdés, Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Aclaraciones de voto

Aclaración de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo

DAÑO CAUSADO POR EXPEDICIÓN DE LEYES – Carácter antijurídico del daño / DECLARACIÓN DE INEXEQUIBILIDAD - No define *per se* la antijuridicidad del daño / RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES – Análisis de antijuridicidad

Tesis: “No comparto las consideraciones mayoritarias, conforme con las cuales la definición de la responsabilidad patrimonial por el daño causado con la expedición de leyes se sujeta al juicio de legalidad, porque con ello se desconoce el genuino sentido de la antijuridicidad que, conforme con el artículo 90 constitucional, define la responsabilidad, tal como lo quiso el Constituyente primario, así como la pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a cuyo entendimiento la responsabilidad patrimonial se define al margen del juicio de legalidad. (...) Conforme con el artículo 90 constitucional, i) la antijuridicidad del daño resulta del hecho que la víctima no deba soportarlo, al margen de la legalidad, ilegalidad, falla o actuación antijurídica estatal y ii) las acciones u omisiones de la entidad estatal sirven a los fines de determinar la autoría del hecho dañino, esto es, si efectivamente el daño antijurídico se ocasionó por una acción u omisión del Estado. (...) Conforme con el sentido genuino dado por el Constituyente primario al artículo 90 constitucional, no cabe que se sustituya el daño antijurídico por la conducta antijurídica de la administración como elemento determinante de la responsabilidad patrimonial, como se decidió en la decisión de la que disiento. De tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala Plena tiene por sentado que la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima con la expedición de leyes es lo que define la responsabilidad patrimonial y no la inconstitucionalidad o ilegalidad de la actuación estatal, porque a esos efectos no es necesaria –se destaca- *“...la vulneración de mandatos superiores por cuanto la responsabilidad estatal se deriva independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta de la administración, pues la reparación deviene de la antijuridicidad del daño”*. Criterio conforme con el cual, no queda duda en cuanto a que el daño antijurídico puede causarse con la expedición de una ley constitucional y, asimismo, que la declaración de inexequibilidad no define *per se* la antijuridicidad del daño. Mismo que la posición mayoritaria pasó por alto, sin dar cuenta de las razones por las que, en las consideraciones *obiter dicta* de la decisión de la que me aparto, se desconoció la *ratio decidendi* de precedentes vigentes. La falla del servicio pone de presente una conducta irregular o antijurídica de la administración, empero, nada dice del daño antijurídico sufrido por la víctima, esto es la pérdida, afectación o menoscabo, cierto y particular, sufrido en los derechos, intereses, libertades y creencias, que una persona no tiene por qué soportar. En ese sentido, no resulta posible confundir el título de imputación pretoriano, para el caso la falla del servicio, con el daño antijurídico que determina la responsabilidad, como se decidió en la decisión de la que me aparto. Igual consideración cabe respecto del título de imputación del daño especial al que acudió la posición mayoritaria, en cuanto se sostiene en la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas ocasionada por la actuación de la administración. De tal manera que acudir al daño especial como elemento definidor de la responsabilidad patrimonial de la que trata el artículo 90 constitucional, implica, también, desplazar la antijuridicidad del daño por la valoración de la conducta irregular de la administración, para el caso la ruptura de las cargas públicas. Es que, conforme con la cláusula general, la responsabilidad

patrimonial no se define por las cargas que deben asumir los administrados, sino por el hecho que en cada caso concreto se determine que la víctima sufrió un daño que no debe de soportar”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00206-01\(29352\)\(IJ\), A.V. Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.](#)

Aclaración de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES – Análisis de antijuridicidad

Tesis 1: “Al decir la sentencia que “el análisis de la antijuridicidad del daño que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico, es aquel que se funda tanto en la declaratoria de inexecutable como en los efectos de la misma”, confunde la noción de daño antijurídico con el título de imputación del mismo. Debe recordarse que el daño se torna antijurídico en razón a que la víctima no tiene el deber de soportarlo y no por virtud de la declaratoria de inexecutable y sus efectos, pues puede ocurrir que una norma executable produzca un daño antijurídico o que, una norma cuya declaratoria de inexecutable tenga efectos a futuro, también lo haga. En este sentido, considero que la declaratoria de inexecutable de la norma y los efectos de la misma es tan sólo uno de los criterios de análisis que le permiten al juez de la responsabilidad, determinar el título de imputación del daño y no la antijuridicidad del mismo.(...) La declaratoria de inexecutable de una norma y los efectos de la misma debe ser un criterio a tener en cuenta para establecer el título de la imputación del daño y no para determinar la antijuridicidad del daño, pues el daño adquiere dicha connotación cuando se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas o cuando se defrauda el principio de confianza legítima de los particulares, lo cual puede ocurrir con independencia de la declaratoria de executable de una norma”.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR - Elementos

Tesis 2: “Aun cuando la antijuridicidad del daño es lo que resulta relevante a efecto de deducir la posible responsabilidad del Estado-Legislator, tal juicio no puede efectuarse si no se acredita la totalidad de los elementos en materia de responsabilidad, esto es: i) La existencia del daño ii) La antijuridicidad del mismo iii) Que dicho daño antijurídico sea imputable al Estado-Legislator y iv) El nexo causal entre el daño antijurídico y el sujeto causante del mismo, y que justifica atribuir a este el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone. Advierto que en el caso concreto se omitió analizar si el daño alegado por la sociedad demandante era imputable al Congreso de la República o no, así como el título por el cual se imputaba el mismo. Ello implicó dejar de lado un examen que, en estos casos es esencial, referido a las eximentes de responsabilidad por el hecho de un tercero o por la propia culpa de la víctima, y efectuar el pronunciamiento correspondiente en cuanto al estudio del título de la imputación y su atribución o no al legislador. De igual manera, no debe perderse de vista que la declaración de inexecutable de una norma, implica que un tercero, en este caso, la Corte Constitucional, en ejercicio de su función de garante de la supremacía de la Constitución, excluya del ordenamiento un precepto, hecho que, en sí mismo, no puede ser el fundamento para edificar responsabilidad por parte del legislador”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00206-01\(29352\)\(IJ\), A.V. Consejera Rocío Araújo Oñate.](#)

Aclaración de voto de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Legitimación material en la causa por pasiva

Tesis: “Si bien acompañé la decisión en comento, considero que el análisis realizado sobre la aptitud de la demanda de reparación directa pone de presente la existencia de una falta de legitimación material en la causa por pasiva respecto de la Nación- Congreso de la República, pues la certeza en cuanto a la ocurrencia del daño deviene de la denegación por parte de la DIAN frente a la solicitud de devolución formulada por la sociedad demandante, es decir, que la fuente del daño sería el acto administrativo expedido por la DIAN, de manera que se trata de un elemento que no puede verse desligado en el estudio para concluir que el daño no tiene el carácter de ser antijurídico y que el Congreso ostenta legitimación, pues, como queda visto, al margen de la valoración sobre la antijuridicidad, lo cierto es que no lo causó directamente. Adicionalmente, en el proceso de la referencia resultó acreditado que la sociedad demandante había solicitado el reintegro de las sumas pagadas por concepto de la TESA, incluso que había interpuesto recursos de reconsideración contra las resoluciones mediante las cuales la DIAN resolvió desfavorablemente sobre la devolución, circunstancia que reafirma que el daño no se derivó directamente de la Ley 633 de 2000. En estas condiciones, es dable considerar que se encontraba configurada la falta de legitimación material en la causa por pasiva de la Nación – Congreso de la República, razón suficiente para apoyar la denegatoria de las pretensiones de la demanda y, por ende, la confirmación del fallo apelado”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00206-01\(29352\)\(IJ\), A.V. Consejera Marta Nubia Velásquez Rico.](#)

Aclaración de voto del consejero Milton Chaves García

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES – Daño antijurídico puede producirse por la aplicación de la norma, no por su mera expedición / INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Improcedencia de la acción de reparación directa

Tesis: “En el presente caso, hubo un daño representado en el menoscabo patrimonial de la sociedad demandante, independientemente del monto pagado, el cual resultó antijurídico, porque en virtud de la declaratoria de inexecutable de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000 por la Corte Constitucional, no había fundamento jurídico para negar su devolución. Sin embargo, este daño antijurídico se origina en la aplicación de la norma que fue declarada inconstitucional, no en su expedición. Las leyes son generales, impersonales y abstractas. Es por ello que la sola aprobación, sanción o promulgación de una norma no puede generar un daño. Es la aplicación de una norma contraria a la constitución o a la Ley -en el caso de decretos reglamentarios o actos administrativos generales- lo que puede generar un daño antijurídico. En el presente caso el demandante presentó la declaración de importación e incluyó el pago de la tasa especial de servicios aduaneros. Dado que, con posterioridad, la norma fue declarada inexecutable, si

su situación no estaba consolidada, hubiese podido solicitar la corrección de la declaración de importación, para posteriormente obtener la devolución de lo pagado indebidamente. La DIAN negó la solicitud y acudió en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra estos actos, pretendiendo que se anulara el acto administrativo proferido por la DIAN que negó la solicitud de corrección a la declaración aduanera y que se restableciera su derecho, permitiendo la devolución de lo pagado por la tasa especial de servicios aduaneros. La sección primera de esta corporación profirió sentencia definitiva negando las pretensiones de la demanda, por lo que no era procedente pretender el mismo restablecimiento del derecho a través de la acción de reparación directa, toda vez que ya había sido objeto de juzgamiento”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00206-01\(29352\)\(IJ\), A.V. Consejero Milton Chaves García.](#)

Aclaración de voto del consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DEL LEGISLADOR – Títulos de imputación / RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES

Tesis: “El Estado puede ver comprometida la responsabilidad patrimonial por el hecho del legislador por falla del servicio, por transgresión del principio de confianza legítima, o por la quiebra del principio de igualdad que debe imperar en la distribución de las cargas públicas. Como regla, puede decirse que las leyes que se expiden conforme a su atributo característico de generalidad no tienen aptitud per se para causar daño resarcible, pues, para que tal daño se concrete, será necesaria la mediación del poder de ejecución de la ley; la reparación del daño en tales casos tendrá como presupuesto la contradicción del acto ejecutor de la ley, y el sujeto de derecho público responderá patrimonialmente por causa del acto ejecutor expedido sin consideración a la excepción de inconstitucionalidad que haya propuesto el damnificado. Esta regla puede tener casos excepcionales, como aquellos en los que el legislador prohíbe abruptamente una actividad que hasta entonces era lícita, por cuanto la prohibición se hace efectiva ipso iure y la actividad de ejecución de la ley se concreta en el acto sancionatorio por infracción de aquella. En el caso sub lite la ley 633 de 2000 dispuso en el artículo 57 la obligación de pago de una tasa por parte de todos los usuarios de los servicios aduaneros, de forma que sirvió como fuente para la creación de una obligación general y en cuanto tal carecía de aptitud para causar daño resarcible a persona alguna. La declaración de inexequibilidad que hizo la Corte Constitucional respecto de los artículos 56 y 57 de la ley 633 de 2000 podría tener incidencia en un juicio de imputación del daño, siempre que estuviera acreditada previamente la causación de un daño resarcible. No era este el caso”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00206-01\(29352\)\(IJ\), A.V. Consejero Jaime Enrique Rodríguez Navas.](#)

Aclaración de voto del consejero Oswaldo Giraldo López

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Improcedencia de la acción de reparación directa

Tesis: “Lo que se pretende en este proceso de reparación directa, esto es, la *devolución del impuesto*, ya fue reclamado administrativamente y la decisión de

negar tal solicitud ya fue objeto de control jurisdiccional por la Sección Primera de esta Corporación en sede de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con efectos de cosa juzgada. (...) Como en este proceso la pretensión está dirigida a que le sea devuelto a la sociedad demandante lo que pagó por concepto del tributo, es claro que lo que está atacando es el acto administrativo que decidió negativamente esa reclamación, de modo tal que es lógico concluir que la parte actora demandó mal, puesto que está solicitando al Congreso de la República lo que ya pidió a la DIAN, y no existe una identidad entre el daño que pudo haber causado eventualmente aquél y el posible daño causado por ésta con la negativa a devolverle el tributo, petición ésta que elevó en esa oportunidad sí a través del procedimiento consagrado en la Ley. Insisto en este orden en que no se trata de medios de control concurrentes, de suerte que no es posible afirmar que quien demanda por nulidad y restablecimiento del derecho pueda después solicitar exactamente lo mismo con el argumento que en un caso es la DIAN y en el otro el Congreso quien le causó el daño. Es este el aspecto que debe puntualizarse: la demandante escogió una acción, la que fue tramitada y decidida negativamente, y es a esta acción a la que debe estarse. Por consiguiente, es evidente que la demandante escogió mal la acción, pues su pretensión ya le fue decidida con efectos de cosa juzgada en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en el sentido de que no tenía derecho a la devolución del tributo, que es exactamente el mismo daño que reclama por vía de la acción de reparación directa, y esta, en mi sentir, es la razón por la cual debían negarse las pretensiones de la demanda”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00206-01\(29352\)\(IJ\), A.V. Consejero Oswaldo Giraldo López.](#)

Aclaración de voto del consejero Cesar Palomino Cortés

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Improcedencia de la acción de reparación directa

Tesis: “En este caso la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no podía asumir el conocimiento de fondo del asunto, pues la sociedad demandante interpuso el medio de control de reparación directa con el propósito de obtener la devolución de lo pagado indebidamente por el tributo aduanero, sin obtener, respecto de unos pagos, el pronunciamiento previo de la administración y su posterior control de legalidad ante una eventual negativa, y respecto de los otros pagos, porque la controversia ya había quedado definida en sede de nulidad y restablecimiento del derecho”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00206-01\(29352\)\(IJ\), A.V. Consejero César Palomino Cortés.](#)

Salvamentos de voto

Salvamento de voto de los consejeros Stella Jeannette Carvajal Basto, María Elizabeth García González, Julio Roberto Piza Rodríguez, Roberto Augusto Serrato Valdés y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO COMO CONSECUENCIA DE LA INEXEQUIBILIDAD DE NORMAS TRIBUTARIAS - Procedencia de la acción de reparación directa

Tesis: “Quedó probado en el proceso que la sociedad Glaxosmithkline Colombia S.A. acudió ante la administración para corregir sus declaraciones y así obtener la devolución. Ante la negativa de la DIAN, la sociedad demandante ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos que negaron la liquidación oficial de corrección y la Sección Primera de la Corporación, mediante sentencias del 28 de mayo de 2009 y del 19 de junio de 2014, denegó las pretensiones de las demandas. Las sentencias de la Sección Primera quedaron ejecutoriadas, al haber sido dictadas en segunda instancia. En virtud de esas decisiones, se conservó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados y, por ende, no podía promoverse un nuevo proceso para reabrir la discusión y lograr el mismo propósito, esto es, obtener la devolución del tributo que se estimó indebidamente pagado. En otras palabras, tanto en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho como en el de reparación directa es común el hecho que sirve de fundamento a la pretensión: el pago del tributo declarado inexecutable. También es común el objeto de los dos procesos: que se ordene la devolución de lo pagado por concepto de la TESA. Como la controversia quedó definida en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, la Sala Plena no podía asumir el conocimiento de fondo del asunto, en orden a examinar la responsabilidad extracontractual del Estado, por el hecho del legislador”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2003-00206-01\(29352\)\(IJ\), S.V. Consejeros Stella Jeannette Carvajal Basto, María Elizabeth García González, Julio Roberto Piza Rodríguez, Roberto Augusto Serrato Valdés y Carlos Alberto Zambrano Barrera.](#)

19. Se negó la solicitud de pérdida de investidura del representante a la Cámara Alfredo Ape Cuello Baute al considerarse que la contribución hecha a la campaña de un candidato a la Alcaldía Municipal no se encuadra en la conducta típica establecida por el artículo 110 superior.

Síntesis del caso: *El señor Alfredo Cuello Baute fue elegido como Representante a la Cámara, por el Partido Conservador de Colombia, para el periodo 2014-2018. En dicha condición realizó un aporte de cincuenta millones de pesos (\$50'000.000), a la campaña del señor Augusto Daniel Ramírez Uhía, candidato a la alcaldía municipal de Valledupar por una coalición integrada por el Partido Conservador Colombiano, el grupo significativo de ciudadanos “Avanzar es Posible” y el Partido Alianza Social Independiente. Con fundamento en tales hechos, solicitó la parte actora que se declarara la pérdida de investidura del congresista por haber incurrido en la prohibición establecida en el artículo 110 de la Constitución Política.*

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTAS – Doble instancia / LEY PROCESAL – Efectos en el tiempo / DOBLE INSTANCIA EN PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTAS – Régimen de transición / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Improcedencia

Problema jurídico 1: *¿Es violatorio del derecho fundamental al debido proceso y por ende inconstitucional el régimen de transición previsto por el legislador en el artículo 23 de la ley 1881 de 2018?*

Tesis 1: “La solicitud de aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 23 de la Ley 1881 de 2018 y darle trámite de doble instancia, no obstante haber celebrado la audiencia pública, y haberse materializado todos los elementos que se desprenden del debido proceso, implica un proceso que no ha predeterminado el legislador y por tanto violatorio del principio de legalidad y que impondría sin justificación alguna, retardar el fallo cuando lo que se encuentra en cuestión es una finalidad de especial importancia para la legitimidad del Congreso de la República, la investidura digna del congresista. (...) En el caso en concreto, la Sala no comparte los argumentos expuestos por el apoderado, en tanto su razonamiento parte de un presupuesto equivocado; señala como igualitaria una situación procesal que en realidad no lo es. Sobre este particular, la Sala advierte que aunque pareciera que ambos supuestos reglados por el artículo 23 responden a situaciones fácticas y jurídicas iguales, tal similitud es tan solo aparente. En los procesos en los que aún no se ha celebrado la audiencia pública, para las partes se mantiene abierta la actividad procesal, por ende la posibilidad de desplegar las actuaciones que consideren y las que correspondan en ejercicio del derecho de defensa y del debido proceso, por ejemplo la solicitud pruebas, la tacha de las mismas, la impugnación de decisiones interlocutoras el saneamiento del proceso. Contrario sensu, en los procesos en donde la audiencia pública ya se realizó, el debate ha quedado cerrado, las partes han desplegado y agotado toda la actividad procesal a lo largo de la causa, se han practicado las pruebas, se han hecho las alegaciones, en síntesis, culminada la audiencia pública, se ha surtido todo el debido proceso y no queda otra decisión distinta que la de dictar el fallo. En esta línea, es evidente para la Sala que aquellos procesos que tan solo están pendientes de que se dicte la sentencia correspondiente, no solamente resultan distintos fáctica y jurídicamente de aquellos en los que aun la audiencia pública, sino que además la medida de transición se observa justificada. Al adoptar el régimen de transición, el legislador hizo la correspondiente ponderación entre las situaciones, y conforme a ello privilegió el interés general y democrático de salvaguardar y conservar la legitimidad y probidad del congreso y de los congresistas sin mayores dilaciones, materializar los principios de eficiencia y celeridad que se demandan del estado en estos procesos ético-políticos, así como evitar cualquier riesgo de caducidad de la acción, que impida culminar la actuación con un pronunciamiento de fondo. Como consecuencia de ello, la Sala observa que el legislador estableció un régimen de tratamiento diferencial para dos situaciones fácticas y jurídicas que difieren entre ellas. Con lo anterior no hay forma alguna de aceptar que el régimen de transición del artículo 23 de la Ley 1881 de 2018 vulnere el principio de favorabilidad, porque ante dos situaciones que no pueden equipararse, es decir, donde hay una igualdad aparente, no es viable efectuar por parte del juez un juicio de comparabilidad en términos de favorabilidad. En razón a ello, la Sala advierte que el análisis de favorabilidad efectuado en el libelo que formuló la excepción, presenta un aparente problema de favorabilidad donde en realidad no hay ninguno. De otra parte, la Sala observa que el legislador, con el régimen de transición, advirtió inconveniente extender el principio de favorabilidad para los casos donde ya se había realizado la audiencia pública, por lo que privilegió el principio de legalidad en el contexto del artículo 31 superior, poniéndolo por encima del principio de favorabilidad, precisamente para privilegiar la efectividad que hace parte del principio de tutela judicial efectiva”.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Carácter sancionatorio / PÉRDIDA DE INVESTIDURA – Análisis de tipicidad

Problema jurídico 2: *¿Corresponde hacer análisis de tipicidad en los procesos de pérdida de investidura?*

Tesis 2: “A pesar de su maleabilidad, lo cierto es que los principios que orientan el derecho sancionador y, por consiguiente, el ejercicio del “ius puniendi” en el Estado Social y Democrático de Derecho estatuido por la Carta Política de 1991, irradian el juicio político al que se hace mención. Y es que no podría ser de otra forma, pues la legitimidad de la potestad sancionatoria a cargo del Estado, se encuentra ciertamente determinada por la concesión de salvaguardas en favor de los particulares, quienes deben contar con los instrumentos jurídicos propicios que les permita contrarrestar los embates que conllevan la sumisión a procedimientos en que se defina su responsabilidad. (...) En cuanto refiere a la caracterización de la tipicidad, en el marco de este proceso político sancionatorio, el Consejo de Estado ha sido prolijo y unívoco en explicar que su concreción se alcanza a través de la determinación constitucional de los elementos estructurales de la infracción que implica responsabilidad. Ello, con el ánimo de excluir cualquier tipo de arbitrariedad en la aplicación de los supuestos fácticos y normativos que realice el juez, quien deberá estar siempre sometido al espectro conductual fijado por la literalidad de la prohibición o circunstancia causante de la pérdida de investidura, pues no de otra manera se garantizaría los derechos fundamentales del procesado. Así las cosas, la tipicidad supone el establecimiento por parte del Constituyente primario o derivado de los ingredientes normativos que acarrearán ese castigo político, lo que le impone erigir “*ex ante*” los siguientes presupuestos: 1. El comportamiento o conducta que genera la desinvestidura del congresista, lo que se decanta del aforismo “*nullum crimen sine legem*”, que impone la existencia de arquitecturas detalladas, claras precisas, que brinden seguridad jurídica a quien es objeto del juicio político sancionatorio de la pérdida de investidura. 2. La sanción que se colige del actuar contra-normativo descrito allí, como manifestación del principio “*nullum poena sine lege*”. 3. El juez natural competente del trámite, sustanciación y decisión del asunto puesto a consideración del Consejo de Estado. 4. Las formas propias del juicio que deberán ser observadas en aras de establecer la responsabilidad propia de esta acción constitucional. Bajo este panorama, la naturaleza de los tipos sancionatorios se encuentra supeditado al primero de los elementos mencionados, a saber, la descripción de la conducta sancionable –sus particularidades– que lejos de ser homogéneas, presentan características variopintas que deberán ser tenidas en cuenta por el juez de la desinvestidura para establecer la responsabilidad de quien es enjuiciado”.

PROHIBICIÓN A QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS DE HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS – Elementos configurativos / PROHIBICIÓN A QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS DE HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS – Necesidad de remisión normativa

Problema jurídico 3: *¿Cuáles son los elementos configurativos de la causal de pérdida de investidura consagrada en el artículo 110 constitucional?*

Tesis 3: “Dentro de los elementos que compila esta causal de pérdida de investidura, esta Sala de Decisión identifica, con apoyo en la jurisprudencia existente en la materia, los que se mencionan a continuación, que serán desarrollados en apartes posteriores de este proveído, a la luz, principalmente, de las normas estatutarias que sobre funcionamiento y organización de organizaciones políticas consagra el ordenamiento. 1. Sujetos activos de la prohibición: “quienes desempeñan funciones públicas”, con lo cual la norma adopta un criterio material, determinado por la naturaleza de la función desempeñada, que comprende todas las manifestaciones del poder, pues el desarrollo de las funciones se engloba en la categoría de públicas. 2. Como se anticipó las conductas censuradas –plasmados a través de los verbos o expresiones rectoras del tipo sancionatorio– consisten en “hacer contribución alguna” o “inducir a otros a que lo hagan”, con lo que se erige un tipo sancionatorio complejo, que agrupa más de dos descripciones típicas distintas. 3. Los receptores de la contribución o los posibles destinatarios de ésta –en el caso de la inducción– deben ser los partidos, movimientos o candidatos, precisión que resulta de suma importancia, si se atiende el alcance del

espectro prohibitivo que establece el artículo 110 constitucional, que no podrá ser extendido por el intérprete si se atienden los contornos sancionatorios del juicio político de la pérdida de investidura. 4. La consecuencia jurídica o sanción consagrada es la pérdida de investidura para los congresistas, diputados, concejales y miembros de las Juntas Administradoras Locales. Para todos los demás, el desconocimiento de lo allí preceptuado conlleva la remoción del cargo mas no la desinvestidura, pues ésta solo opera en contra de quienes hacen parte de las Corporaciones Públicas. Bajo este panorama, la completitud de la norma sancionadora a la que se hace referencia debe ser buscada por fuera de los contornos de la Carta Política que, si bien concede algunos elementos para su entendimiento, debe ser acompañada de disposiciones normativas pertenecientes a otros rangos a fin de establecer el ámbito prohibitivo exacto que pretende censurar al interior del ordenamiento. Este proceder –integración normativa de diferentes grados– se legitima si se atiende a la reserva legal que establece la propia prescripción en comento, luego de que hace alusión a los casos exceptivos, cuya determinación y límites debe ser establecida por el legislador, facultad que fue ejercida por el estatutario de 2011, que consagró en el artículo 27 de la Ley 1475, relativo a la financiación prohibida, una excepción en beneficio de los miembros de corporaciones públicas de elección popular".

PROHIBICIÓN A QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS DE HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS - Excepción establecida para los miembros de las corporaciones públicas de elección popular / CAMPAÑA – Puede ser sujeto independiente receptor de aportes

Problema jurídico 4: *¿Se viola la prohibición constitucional contenida en el artículo 110 constitucional si se hacen aportes a la campaña de un candidato?*

Tesis 4: "Las excepciones legales a la prescripción prohibitiva del artículo 110 constitucional se encuentran erigidas en el numeral 6º del artículo 27 de la Ley 1475 de 2011, que faculta a los miembros de las corporaciones de elección popular –senadores, representantes a la Cámara, diputados, concejales, integrantes de las Juntas Administradoras Locales– a efectuar aportes voluntarios a: -Las organizaciones políticas a las que pertenezcan con destino a la financiación de su funcionamiento, razón por la que en lo que respecta a esta hipótesis el aporte voluntario está sujeto a dos tipos de condicionamientos, pues además de demostrar que hace parte de la organización a la que contribuyó, deberá acreditar que éste tuvo como fin la ejecución de las funciones propias del órgano político –funcionamiento–. -Las campañas electorales en las que participen las organización políticas, ora que su intervención se haga de manera particular, ora que su implicación se haga de manera coaligada, como una de las diversas formas en que puede materializarse el ejercicio proselitista de las organizaciones políticas. En otros términos, la campaña a la que podrá aportar el representante a la Cámara o senador de la República deberá contar, inexorablemente, con la participación del movimiento, partido o grupo significativo de ciudadanos al que pertenece y que, por consiguiente, le otorgó su aval, sin importar la forma en que se efectúe la misma, bien sea a título propio o a través de una coalición, situación esta última que habilita el aporte voluntario. (...) De los documentos y pruebas obrantes en el plenario, así como de las distintas actuaciones surtidas al interior del presente trámite de pérdida de investidura, está suficientemente demostrado que el señor Alfredo Ape Cuello Baute realizó un aporte a la "campaña" de Daniel Augusto Ramírez Uhía a la alcaldía de Valledupar, de la cual hizo parte el Partido Conservador –al que pertenece el referido "contribuyente electoral"– dentro de la coalición conformada con otras agrupaciones políticas que convergieron en inscripción de la mencionada candidatura. (...) Para los efectos de la discusión que convoca a esta Sala, de las circunstancias fácticas descritas en los párrafos inmediatamente anteriores, se observa que la investidura congresal del demandado lo ubica como sujeto activo de la prohibición tipificada en el artículo 110 Superior, esto es, quien ejerce funciones públicas; sin embargo, el sujeto pasivo de la misma

(beneficiario de la contribución) no se encuentra satisfecho en los términos de la censura que se le endilga, pues los dineros que aportó el congresista no tuvieron por receptor al partido, movimiento o candidato, sino, tal y como se ha demostrado con solvencia argumentativa, a la campaña de un candidato inscrito por la coalición conformada por varias agrupaciones políticas, entre ellas, el Partido Conservador, al que él pertenece. (...) El señor Cuello Baute no incurrió en conducta atribuible generadora de pérdida de investidura por la contribución que hiciera a la campaña del candidato a la Alcaldía, pues la campaña como objeto sobre el cual recayó la contribución que se le endilga no hace parte de la conducta típica descrita en el artículo 110 Superior, pues tal vocablo no está incluido en el texto de dicha prohibición”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-13-000-2017-00328-00\(PI\).](#)

* Aclararon su voto Lucy Jeannette Bermudez Bermúdez, Stella Conto Díaz del Castillo, Oswaldo Giraldo López, William Hernandez Gómez, Maria Adriana Marin, Carlos Enrique Moreno Rubio, Danilo Rojas Betancourth, Guillermo Sanchez Luque, Alberto Yepes Barreiro.

* Salvaron su voto Rocío Araújo Oñate, Ramiro Pazos Guerrero y Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Aclaraciones de voto

Aclaración de voto de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTAS – Doble instancia / LEY PROCESAL – Efectos en el tiempo / DOBLE INSTANCIA EN PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTAS – Régimen de transición / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Procedencia

Tesis 1: “El recurso extraordinario especial de revisión cumple a cabalidad e, incluso, de modo más amplio, la garantía del debido proceso si se analiza frente al mero recurso de apelación, como lo indiqué al inicio de la presente aclaración. Lo anterior, por cuanto el primero permite que, al margen de la taxatividad de las causales, ante la configuración de yerros atentatorios del principio de justicia material, la sentencia ya ejecutoriada sea recurrida y, de constatarse el error, se dé paso a dictar una nueva providencia ajustada a derecho. Asimismo, y, como no podría ser de otra manera, por virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, la regulación anterior del juicio de desinvestidura, permitía no solo el recurso extraordinario de revisión, sino la acción constitucional de tutela, garantías procesales suficientes para el congresista demandado. (...) La acción de tutela resulta improcedente cuando el parlamentario a quien le ha sido levantada su investidura no ha agotado el recurso extraordinario especial previsto por el ordenamiento jurídico en el juicio de desinvestidura, como medio idóneo de defensa de los derechos que considera comprometidos. Es esta la verdadera naturaleza y los alcances reales del recurso extraordinario consagrado dentro de la acción de pérdida de investidura. Se trata de un mecanismo judicial que permite controvertir las vulneraciones al debido proceso acaecidas en el trámite de instancia o aquellas derivadas del fallo mismo, como lo ha reconocido la sentencia C-254A de 2012, al señalar que el recurso extraordinario existente contra el fallo de pérdida de investidura es garantía suficiente del derecho al debido proceso y a la defensa del congresista demandado. En suma, el recurso extraordinario especial de revisión cumple a cabalidad e, incluso, de modo más amplio, la garantía del debido proceso si se analiza frente al mero recurso de apelación. Lo

anterior, por cuanto el primero permite que, al margen de la taxatividad de las causales, ante la configuración de yerros atentatorios del principio de justicia material, la sentencia ya ejecutoriada sea recurrida y, de constatarse el error, se dé paso a dictar una nueva providencia ajustada a derecho. Es por ello que la acción de tutela contra el fallo de pérdida de investidura únicamente procede una vez agotado el recurso extraordinario especial. Es por todo lo anterior que disiento de las razones que sirvieron de fundamento a la Sala Plena para no acceder a la solicitud de inaplicación del régimen de transición consagrado en la Ley 1881 de 2018”.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Análisis de culpabilidad

Tesis 2: “La introducción del elemento subjetivo desdibuja el mecanismo porque hace caso omiso de que la sanción recae sobre la investidura y no sobre el parlamentario. Debe tenerse presente que el Constituyente diferenció claramente esos dos tipos de juicio. El subjetivo que recae sobre la persona y que comporta el análisis de culpabilidad, y el objetivo que examina si el parlamentario cumple con las exigencias propias de la investidura. El primero lo atribuyó el Constituyente a la Corte Suprema de Justicia, mientras el segundo se lo confirió al Consejo de Estado. Lo anterior obedece a una razón y es que el querer del Constituyente fue instaurar un régimen sancionatorio particular frente a la investidura del congresista y no frente al individuo que la ostenta. El propósito de tal diseño fue no solo proteger los derechos del electorado, a través de un mecanismo de preservación de la dignidad y la legitimidad del órgano parlamentario, sino que se trató de una herramienta de cambio social preventiva o disuasoria para quien llegara a ocupar tan alta dignidad, a la par que un mecanismo correctivo de las conductas contrarias a la ética propia de la investidura parlamentaria. (...) La reforma introducida por el legislador ordinario dio al traste con las modulaciones indispensables para el cumplimiento de las finalidades constitucionales de la acción de desinvestidura, entre otras, con aquella según la cual el mecanismo estaría llamado a prosperar cuando se comprobase, sin más, que el congresista hubiere incurrido en alguna de las causales allí objetivamente previstas, para garantizar la eficacia de esta acción dirigida a preservar la dignidad del Congreso, a mantener la estatura moral de sus integrantes, a profundizar la legitimidad de la institución y a consolidar, entre otras, la democracia representativa tanto como a fortalecer la participación ciudadana en el ejercicio del control político. En tal sentido, la nueva norma, en su artículo 1°, no solo riñe con la letra del artículo 183 de la Constitución, sino que modifica la Constitución en un aspecto estructural, si se tiene en cuenta que el querer del Constituyente fue otorgarle al juicio una naturaleza objetiva. (...) La reforma pasa por alto que lo que el Constituyente del 91 quiso reprochar de antemano y expresamente a los congresistas mediante el juicio objetivo de desinvestidura, no radicó en haber actuado con un querer, intención o motivación específica, sino en no haber obrado conforme al estándar constitucional exigible para dignificar la institución congresual, con grave repercusión en las garantías fundamentales de los congresistas acusados. Es importante también señalar que el legislador ordinario no podía válidamente apoyarse en una sentencia fallada en sede de revisión de tutelas (SU-424 de 2016) cuyos efectos se restringen al caso concreto o a asuntos idénticos o similares (*inter pares*), para borrar de un tajo lineamientos sentados por la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad sobre los alcances del artículo 29 de la Carta en el marco de los procesos de pérdida de investidura. (...) La modificación del juicio de desinvestidura que introdujo la norma demandada amplió la discrecionalidad judicial con grave riesgo de politización de la justicia, así como tornó inane e ineficaz la acción. De esta suerte, el fallador no quedará alejado de la presión política –como lo pretendió el Constituyente del 91– sino tendrá que debatirse en el terreno de lo subjetivo, difuso y opinable hasta el punto de que si debe comprobar la culpabilidad, como si se tratara de demostrar la

responsabilidad penal o disciplinaria, es de prever que, de aquí en adelante, la acción pública de pérdida de investidura no estará llamada a prosperar por la realización de la conducta, tampoco por la acción –participación ciudadana–, pues queda al arbitrio del juez encargado de evaluar si en el caso concreto y, tratándose del parlamentario, la vulneración puede entenderse justificada. Esto es, habrá de demostrarse la causal y, conjuntamente, probar la motivación del implicado dirigida a vulnerar la ley (dolo) o que él mismo representó en su mente el resultado (culpa). Además, se abre la puerta para que los demandados aboguen por justificar su conducta, con evidente riesgo de politización de la justicia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-13-000-2017-00328-00\(PI\), A.V. Consejera Stella Conto Díaz del Castillo.](#)

Aclaración de voto del consejero Oswaldo Giraldo López

PROHIBICIÓN A QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS DE HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS – Análisis de tipicidad y culpabilidad

Tesis: “El correcto entendimiento de la norma [numeral 6 artículo 27 de la Ley 1475 de 2011] es que la excepción cobija los aportes voluntarios que el congresista haga a la organización política a las que pertenezca con destino a financiar su funcionamiento y las campañas electorales en las que participen, pero contrario sensu tal excepción no puede extenderse a que el congresista pueda de manera directa hacer aportes a campañas políticas. Como en el caso bajo estudio el demandado contribuyó económicamente a la campaña electoral del señor Augusto Daniel Ramírez como candidato a la alcaldía del municipio de Valledupar para el periodo 2016-2019 la conducta era típica. Sin embargo, las razones por las que no podían salir avante las pretensiones obedecieron a que no obstante que se configuró el elemento de tipicidad no así se cumplió el de culpabilidad por cuanto no podía exigírsele al demandado el conocimiento preciso del alcance de la norma, máxime cuando no había antecedentes jurisprudenciales. Corolario de lo anotado, estimo que en este caso la providencia debió indicar que la conducta del demandado era típica más no culpable y por ello debían denegarse las pretensiones de la demanda”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-13-000-2017-00328-00\(PI\), A.V. Consejero Oswaldo Giraldo López.](#)

Aclaración de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

PROHIBICIÓN A QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS DE HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS – Análisis de tipicidad y culpabilidad

Tesis: “Aun cuando comparto la parte resolutive de la sentencia mediante la cual se deniega la pérdida de investidura del representante a la Cámara Alfredo Ape Cuello, no sucede lo mismo con la parte motiva, en consideración a que, a mi juicio, la conducta sí era típica, sin embargo debía estudiarse la culpabilidad de la misma, por cuanto, si bien en el expediente se encuentra probado e incluso admitido por el demandado, que él realizó un aporte voluntario, de manera directa, a la campaña política del señor Augusto Daniel Ramírez Uhía, candidato a la alcaldía de Valledupar para las elecciones del 25 de octubre de 2015, lo cierto es que dicho aporte se efectuó a la coalición del partido Conservador con el grupo

significativo de ciudadanos “Avanzar es Posible” y el partido “Alianza Social Independiente”. Es decir, el demandado, bajo la convicción de que se encontraba bajo la excepción legal, realizó el aporte al director de la coalición, que era el mismo candidato a la alcaldía”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-13-000-2017-00328-00\(PI\), A.V. Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio.](#)

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

PROHIBICIÓN A QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS DE HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS - Excepciones

Tesis: “A mi juicio, bastaba con aplicar el artículo 27.6 de la Ley 1475 de 2011 que, precisamente, exceptúa la prohibición del artículo 110 constitucional al permitir a los congresistas realizar aportes voluntarios a las organizaciones políticas a las que pertenecen para el financiamiento de campañas electorales en que esas organizaciones participen. De modo que para resolver el caso no era necesario hacer distinciones conceptuales entre “candidato” y “campaña”, ni integrar normas electorales con el artículo 110 de la Constitución para dar alcance a la causal de desinvestidura”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-13-000-2017-00328-00\(PI\), A.V. Consejero Guillermo Sánchez Luque.](#)

Aclaración de voto de los consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Danilo Rojas Betancourth.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Análisis de tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad

Tesis 1: “El fallo de 3 de abril de 2018, por medio del cual se negó la solicitud de desinvestidura formulada en contra del señor Alfredo Ape Cuello Baute, en su condición de representante a la Cámara por el departamento del Cesar, pretendió fijar los primeros cimientos de la dogmática de esta acción constitucional – de manera mucho más armónica respecto de lo sucedido hasta el momento– de cara a los nuevos aires que circulan en la materia propiciados tanto por la jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional como por la expedición de la Ley 1881 de 2018 en esta materia. Por lo anterior, el examen del derrotero que debe guiar el análisis del juez de la desinvestidura de congresistas, es, en nuestro concepto, un elemento crucial que irradiará en adelante su labor, motivo por el que consideramos necesario seguir la senda del perfeccionamiento de la sistematización de la pérdida de investidura, a la luz de los postulados que han podido decantarse relativos a la tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad, este último sobre el que el debate aún no se ha cernido, pero que debe invitar a la reflexión, con el propósito de conformar la triada que caracteriza cualquier tipo de proceso sancionatorio, sin lugar a equívocos”.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Análisis de tipicidad

Tesis 2: “La tipicidad o si, se quiere, la legalidad de las conductas que conllevan la pérdida de investidura de congresistas, implica para el juez de esta causa el desarrollo de un método relacional, en el que se contrasten los supuestos de hecho que se endilgan a la parte accionada con el parámetro descriptivo que para estos efectos fue erigido por el Constituyente de 1991. Se trata así de un proceso de subsunción normativa, que vincula la causal de pérdida de investidura con la conducta de quien es objeto de este trámite, mediante una “relación de contrariedad”, cuyo resultado se traduce en términos puros de tipicidad o atipicidad. En ese orden, la adecuación típica exige al juez la identificación del actuar desplegado por el congresista investigado –imputación fáctica– y su correspondiente examen a la luz del motivo de desinvestidura alegado por el demandante –imputación jurídica–, en un binomio que demarca la actividad jurisdiccional que guía ese tipo de procedimientos y, cuyo encaje debe predicarse perfecto. La legalidad o tipicidad, como se prefiera llamar a esta fase del juicio de pérdida de investidura, se presenta entonces como una garantía del procesado, que evita que el juzgador desborde los contornos jurídicos de la prescripción fijada por el Constituyente, lo que redundaría en salvaguardas que impiden interpretaciones analógicas en el desarrollo de esa actuación jurisdiccional”.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Análisis de culpabilidad

Tesis 3: “El juicio de culpabilidad –imputabilidad subjetiva– comporta investigar, como lo referimos, las circunstancias modales en las que tuvo ocurrencia el comportamiento atribuido al actor, en aras de establecer “*si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.*” De allí que el análisis del presupuesto en comento permita acreditar el grado de conciencia y voluntad con la que el sujeto activo desplegó el comportamiento típico –que en lo que respecta a la pérdida de investidura de congresistas está consignado en el propio texto de la Carta Política– es decir, el carácter premeditado e intencionado con el que fueron ejecutados los ingredientes normativos de la descripción prohibida. En consonancia, la culpabilidad y, por consiguiente, el examen comportamental desde su óptica, exige al juez de la pérdida de investidura escudriñar sobre los pormenores de tiempo, modo y lugar en los que se desata la conducta investigada, de donde pueda colegirse el compromiso psíquico y anímico del demandado en la producción del resultado o en la materialización del actuar que objeta el ordenamiento jurídico. (...) En este punto huelga advertir que el examen del componente de la culpabilidad no exige al juez de la pérdida de investidura horadar en el pensamiento del sujeto que despliega la acción, como si se tratara de un analista psíquico; su deber se perfila aquí como el del estudioso encargado de desentrañar y comprender los pormenores que rodean el asunto sometido a su conocimiento, de conformidad con el material probatorio allegado al proceso, que le permitan advertir la intención del demandado de cara a la situación fáctica que se aduce. La determinación del dolo y de la culpa pasa por analizar los aspectos exteriores en que puede verse reflejada la voluntad de la parte accionada, que deberán llevar al juez a la certidumbre del título en que fue cometida la conducta que se reprocha”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-13-000-2017-00328-00\(PI\), A.V. Consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y Danilo Rojas Betancourth.](#)

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Análisis de antijuridicidad

Tesis: “Si partimos de la base de que la pérdida de investidura es un mecanismo para reivindicar el principio de representación, a manos de los ciudadanos, frente a sus elegidos, ese será el parámetro para revisar la antijuridicidad en este caso. Preguntémonos: Cuál es la verdadera afectación que se genera con la conducta frente al principio de representación -que es el bien jurídico que se protege con este medio de control-, si se tiene en cuenta que el destinatario del aporte, su finalidad y topes de financiación se respetaron en el caso concreto? Téngase en cuenta que el -o los- riesgos para los cuales se estableció la excepción de la Ley 1475 de 2011 no se materializaron, no hay lugar a imputarle la falta constitutiva de pérdida de investidura, ni la sanción derivada de ella. Los riesgos que pretendían controlarse, por parte del legislador, al exigir que los aportes de los miembros de Corporaciones Públicas de Elección Popular con destino a las campañas electorales se hicieran, no directamente, sino a través de las colectividades a las que estos pertenecen eran: (i) evitar una posible doble militancia bajo la modalidad de apoyo, (ii) garantizar que el aporte llegara cierta y realmente a su beneficiario, y (iii) los propios riesgos de la trazabilidad del aporte. Entonces, como ninguno de esos riesgos se materializó porque: (i) no hubo doble militancia en la conducta del demandado, (ii) el aporte llegó a su beneficiario real u final destinatario y (iii) no está demostrado que el control o la trazabilidad del dinero se perdiera, no es posible imputarle al demandado la falta constitutiva de pérdida de investidura, ni la sanción derivada de ella, es decir, la muerte política”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-13-000-2017-00328-00\(PI\), A.V. Consejero Alberto Yepes Barreiro.](#)

Salvamentos de voto

Salvamento de voto de los consejeros Rocío Araújo Oñate y Ramiro Pazos Guerrero

PROHIBICIÓN A QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS DE HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS - Excepción establecida para los miembros de las corporaciones públicas de elección popular

Tesis 1: “No coincidimos con la Sala en que el comportamiento en el que incurrió el representante a la cámara no supera el juicio de subsunción típica, porque tal conclusión se fundamenta en que lo que prohíbe el artículo 110 superior es la contribución a los partidos, movimientos políticos y candidatos y no a las campañas electorales. Nos apartamos de la posición mayoritaria que señala, respecto a la excepción prevista en el numeral 6 del artículo 27 de la Ley 1475 de 2011, que los miembros de corporaciones de elección popular se encuentran autorizados para contribuir directamente, sin la intermediación de las organizaciones políticas a las que pertenecen, a las campañas electorales en la que tales organizaciones participen, bien con candidatos propios o fruto de una coalición. (...) No coincidimos con el pronunciamiento mayoritario, a partir de la cual se interpreta ampliamente la excepción legal contenida en el numeral 6 del artículo 27 de la Ley 1475 de 2011, pues con ello se desconoce no sólo el principio de la interpretación restrictiva que en materia de excepciones o permisiones corresponde, sino también, porque con ella se quebranta la voluntad del constituyente primario, privilegiándose a la ley por encima de la carta fundamental. Si bien es cierto que dentro de la pérdida de investidura se encuentran tipos sancionatorios de diferente estirpe, la prohibición constitucional del artículo 110, es totalmente clara y no requiere ser interpretada a la luz de disposiciones de inferior rango, como son las contenidas en la Ley 1475 de 2011. En relación con el vocablo “candidato”, contenido en el artículo 110 superior como sujeto pasivo del tipo sancionatorio, no es posible restringir su alcance con base

en las disposiciones de la Ley 1475 de 2011, y por esta vía deducir que esta expresión es diferente de la contribución a las “campañas electorales”. (...) De ello surge un problema de mayúsculas consecuencias en el ordenamiento, si conforme lo señaló la sala Plena, la campaña electoral no es un sujeto pasivo de la prohibición, los servidores públicos miembros de corporaciones públicas de elección popular, pueden aportar directamente a las campañas electorales propias o fruto de una coalición, resulta una afrenta directa al texto constitucional y pone en riesgo la sanidad del sistema electoral que tanto propugnó por proteger el constituyente primario, porque impide que las organizaciones de base puedan garantizar la igualdad electoral. La finalidad del Constituyente fue atribuir al legislador la potestad de señalar las excepciones a la prohibición de contribución que recae sobre los servidores públicos para contribuir a partidos, movimiento y candidatos, y en virtud de ello también es preciso el texto del artículo 27.6 en tanto permitió, en armonía con lo discutido por la Asamblea Nacional Constituyente, que los miembros de corporaciones de elección popular, por la naturaleza democrática de la representación política que ostentan, pudieran contribuir voluntariamente a sus organizaciones políticas. Ello ocurrió porque la norma buscó evitar las deducciones que se hacían directamente de los salarios de los servidores públicos a efectos de contribuir con sus organizaciones políticas, bien para el financiamiento de los gastos de funcionamiento o bien para el financiamiento de sus propias campañas electorales o de aquellas que éstas apoyan, a fin de fortalecer a las agrupaciones políticas de base o primer grado, espíritu con el que deben armonizarse las disposiciones de la Ley 1475 de 2011 y no al contrario. La excepción del artículo 27.6 de la ley 1475 de 2011, cuando habla de aportes para financiación, no se refiere exclusivamente a los aportes económicos o monetarios. La claridad del texto no permite interpretaciones en este aspecto, lo que se proscribe con la expresión “contribuir en manera alguna”, es todo tipo de contribución, económica o en especie. Más aún, cuando los aportes que se permiten, bien para funcionamiento de las organizaciones políticas a las que pertenecen los miembros de corporaciones de elección popular, o para las campañas políticas en las que estas participen, se limita en función de los topes que la propia ley 1475 de 2011 define en el artículo 23 y 24, porque al ser la campaña electoral el único medio o plataforma posible para la canalización de los recursos de financiación de las campañas electorales, todos aquellos que ingresen a la campaña, incluso los no monetarios, se deben valorar a efectos de la reposición de gastos y de la rendición de cuentas. En consecuencia, toda contribución adquiere un valor económico desde el mismo momento en que ingresa a la campaña(..) En síntesis, señalamos que la prohibición constitucional fue interpretada de manera restrictiva mientras que la excepción fue interpretada sumamente amplia. La prohibición constitucional se configuró teniendo en cuenta la permisión legal, más sin embargo la excepción no fue incorporada como elemento estructural de la prohibición. De ello se puede concluir que el análisis efectuado resulta incompleto y en esa medida vacía el contenido de la prohibición constitucional y otorga prevalencia al contenido de la ley, contrarrestando así la eficacia de la regla constitucional y desvirtuando su finalidad”.

PROHIBICIÓN A QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS DE HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS - No es un tipo sancionatorio de resultado

Tesis 2: “No es posible hablar de que la prohibición del artículo 110 es un tipo sancionatorio de resultado. La norma no señala ninguna consecuencia u otro comportamiento, separado temporalmente del primero, para que se configure la contribución prohibida, por lo que corresponde a un tipo de mera conducta. En adición debe señalarse que la expresión “contribuir” como verbo rector del tipo sancionatorio, supone el alcance de la misma en sentido material y es en esa medida que el comportamiento típico se configura cuando se realiza

materialmente la contribución o el aporte, sin que ello signifique que por su sentido material el tipo se convierte en uno de resultado. Sobre este aspecto debe observarse que el bien jurídico protegido se vulnera cuando con la mera conducta se contribuye, pues no se requiere que tal aporte produzca alguna consecuencia o efecto. Es el sólo hecho de realizar la contribución o de realizar el aporte directo por parte del miembro de la corporación de elección popular, lo que configura la causal del artículo 110 superior, porque si fuera de otra manera, es decir, si la causal realmente tipificara un comportamiento de resultado, sería posible señalar, como sucede para esta clase de tipos, que el intento de contribución también se encuentra sancionado. Sin embargo ello no es posible porque el ordenamiento constitucional buscó evitar, precaver, prevenir, que por cuenta de la financiación de los servidores públicos en materia electoral, se pusiera en riesgo el valor básico de nuestro Estado, la participación democrática. Lo que se proscribe constitucionalmente es el riesgo que supone para la moralidad y la transparencia electoral, que el servidor público contribuya de cualquier manera en la actividad política, lo cual se profundiza tratándose de miembros de corporaciones de elección popular que habiendo accedido ya al poder, con sus contribuciones pueden fácilmente introducir prácticas clientelistas y de cooptación que atentan claramente contra todo principio democrático”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-13-000-2017-00328-00\(PI\), S.V. Consejeros Rocío Araújo Oñate y Ramiro Pazos Guerrero.](#)

Salvamento de voto del consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera

PROHIBICIÓN A QUIENES DESEMPEÑAN FUNCIONES PÚBLICAS DE HACER CONTRIBUCIONES A PARTIDOS, MOVIMIENTOS O CANDIDATOS - Excepción establecida para los miembros de las corporaciones públicas de elección popular

Tesis: “A mi juicio, cuando el numeral 6 del artículo 27 de la Ley 1475 de 2011 establece que está prohibida la financiación de partidos, movimientos políticos y campañas proveniente de personas que desempeñan funciones públicas, *“excepto de los miembros de corporaciones públicas de elección popular, quienes podrán realizar aportes voluntarios a las organizaciones políticas a las que pertenezcan, con destino a la financiación de su funcionamiento y a las campañas electorales en las que participen, de acuerdo con los límites a la financiación privada...”*, lo que dispone, según la lectura del mismo hecha conforme a su gramática y su puntuación, es que los miembros de corporaciones públicas de elección popular sí pueden hacer ese tipo de aportes económicos, pero sólo a favor de las organizaciones políticas a las que pertenecen. La frase *“con destino a la financiación de su funcionamiento y a las campañas electorales en las que participen”*, que se encuentra entre comas y que no fue subrayado atrás, es meramente explicativa o condicional de la que le precede e indica el destino que se puede dar a los aportes que realicen tales funcionarios a las organizaciones políticas a las que pertenecen, los cuales pueden dedicarse a su propio funcionamiento y a las campañas electorales en las que participe la correspondiente organización. Así, la lectura que se le dio a la mencionada norma en la sentencia proferida por la Sala, para concluir que la financiación (aportes) proveniente de los miembros de corporaciones públicas de elección popular, como lo son los congresistas, puede realizarse de forma directa a las organizaciones políticas y a las campañas electorales resulta desafortunada y contraria al texto de la misma. En este orden de ideas y comoquiera que el señor Alfredo Ape Cuello Baute efectuó un aporte económico directamente a una campaña electoral de la

cual hizo parte el partido conservador al cual él pertenece, resulta claro que con ello trasgredió la norma en cita, pues dicha financiación o aporte debió hacerlo a favor del partido, para que éste canalizara esos recursos a las campañas en las que estaba participando; en consecuencia, se debió acceder a las pretensiones de la demanda y, por tanto, decretar la pérdida de investidura del mencionado representante a la Cámara”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-13-000-2017-00328-00\(PI\), S.V. Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.](#)

VIII. SECCIÓN PRIMERA

20. El Ministerio de Salud y Protección Social (antes Ministerio de Protección Social) es el competente para reglamentar el procedimiento administrativo para el recobro de los medicamentos ante el FOSYGA.

Síntesis del caso: *Se demandaron los artículos 3° de la Resolución 4752 de 13 de octubre 2011, “por medio de la cual se modifican la Resoluciones 3099 de 2008, modificada por las resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y 1089, 1383, 2064 y 2256 de 2011”, y 9° de la Resolución 4377 de 29 de octubre de 2010 “por la cual se modifican las resoluciones 3099 y 3754 de 2008”, expedidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social (antes Ministerio de Protección Social).*

POTESTAD REGLAMENTARIA – Alcance / COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE SALUD PARA REGLAMENTAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA EL RECOBRO DE LOS MEDICAMENTOS ANTE EL FOSYGA

Problema jurídico 1: *¿El Ministerio de Protección Social (hoy Ministerio de Salud y de la Protección Social) carece de competencia constitucional y legal para expedir las resoluciones acusadas, que disponen, en esencia, que para efectos del recobro el plan de beneficios incluye los medicamentos del listado vigente, independientemente de la forma de comercialización que se utilice, esto es, genéricos o de marca? ¿El Ministerio de Protección Social (hoy Ministerio de Salud y de la Protección Social) usurpó las expresas atribuciones asignadas a la Comisión de Regulación en Salud (CRES), única competente para adoptar este tipo de decisiones?*

Tesis 1: “El fundamento de la potestad reglamentaria de los Ministros, se encuentra consagrado en el artículo 208 Superior, norma según la cual estos funcionarios y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia y, bajo la dirección del Presidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley. De modo que, en la actualidad, no admite discusión alguna la consideración según la cual los ministros están dotados de la atribución de expedir normas reglamentarias. (...) [N]o resulta inconstitucional que una ley atribuya, de manera directa, a los ministros del Despacho, competencias para expedir normas de carácter general sobre las materias en ella contenidas, cuando tales normas correspondan a regulaciones de carácter técnico u operativo, dentro de la órbita competencial del respectivo Ministerio, por cuanto, en ese caso, la competencia de regulación tiene el carácter de residual y subordinada respecto de aquella que le corresponde al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria. Ya esta Sección ha definido la competencia del Ministerio de la Protección Social para la expedición de normas como las aquí demandadas, afirmando que tal facultad se

orienta, de manera exclusiva a la reglamentación de los procedimientos administrativos en materia de recobros al FOSYGA”.

**MEDICAMENTOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD – Reglas de suministro /
MEDICAMENTOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD – Coberturas /
MEDICAMENTOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD – Recobro**

Problema jurídico 2: *¿El Ministerio de Protección Social (hoy Ministerio de Salud y de la Protección Social), al disponer en los actos demandados que para efectos del recobro el plan de beneficios incluye los medicamentos del listado vigente, independientemente de la forma de comercialización que se utilice, esto es, genéricos o de marca, propició con ello una ampliación indirecta de la cobertura del POS?*

Tesis 2: “[D]e la simple lectura de este último precepto transcrito [artículo 38, párrafo 1°, del Acuerdo 008 de 2009, emitido por la Comisión de Regulación de Salud CRES], claramente se desprende que allí se establecen las siguientes reglas: (i) Los medicamentos que hacen parte del Plan Obligatorio de Salud (POS) deben ser suministrados por las EPS de ambos regímenes. (ii) Su financiamiento estará a cargo de la UPC y UPC-S, salvo aquellos que corresponden al listado de medicamentos de los programas especiales. (iii) El POS sí incluye los principios activos indicados en el mismo. (iv) Las prescripciones siempre deben utilizar la denominación común internacional, es decir, el principio activo del medicamento. (v) Al paciente se le debe suministrar “cualquiera” de las alternativas debidamente autorizadas por el INVIMA del principio activo, en la forma farmacéutica y concentración prescrita, “independiente de su forma de comercialización (genérico o de marca)”. Vistas así las cosas, en sentido contrario a lo que arguye el demandante cabe concluir que con la expedición de los actos acusados el Ministerio no modificó ni incluyó nuevas coberturas en el POS, sino que, por el contrario, se limitó a regular con carácter técnico u operativo, dentro de su órbita competencial, ciñéndose a las previsiones de la parte pertinente del Acuerdo transcrito en cuanto a que en el POS están incluidos los principios activos enlistados, y su financiamiento está garantizado a través de la UPC y UPC-S, de manera que, al momento en que se vaya a realizar el trámite de recobro, estos deben entenderse cubiertos por el POS, independientemente de la forma farmacéutica, la concentración prescrita y su forma de comercialización, puesto que, lo que resulta relevante es el principio activo del medicamento que corresponde a la denominación del mismo internacionalmente aceptada”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de enero de 2018, C.P. María Elizabeth García González, radicación: 11001-03-24-000-2011-00445-00.](#)

21. Procedencia de las vigencias futuras excepcionales en las entidades territoriales.

Síntesis del caso: *Se solicitó la nulidad del Acuerdo 0002 del 22 de febrero de 2010 “Por medio del cual se autoriza al Alcalde del Distrito de Barranquilla para comprometer vigencias futuras para la ejecución del proyecto denominado Entrega en Concesión de las Obras del Corredor Portuario de Barranquilla, para la celebración de contratos relacionados, se autoriza la instauración de un peaje en la vía urbana, se le otorgan facultades extraordinarias, y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Concejo Distrital de Barranquilla.*

**PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN MATERIA PRESUPUESTAL – Alcance / PRINCIPIO DE UNIDAD PRESUPUESTAL – Alcance /
PRINCIPIO DE UNIDAD PRESUPUESTAL Y PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LAS**

ENTIDADES TERRITORIALES / FACULTAD DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES DE ACORDAR VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES

Problema jurídico 1: *“La Sala debe determinar en primer lugar si desconoce el principio de autonomía presupuestal de las entidades territoriales la sentencia que no les reconoce la facultad de acordar vigencias futuras excepcionales”*

Tesis 1: “[E]s dable reconocer que en el tema presupuestal existe una cierta preponderancia de lo nacional frente a lo local, sin desconocer la autonomía de los entes territoriales en esta materia. Esta autonomía se expresa en la facultad de las entidades territoriales de expedir las normas orgánicas de presupuesto y el presupuesto anual de rentas y gastos, la cual en todo caso debe ser ejercida, conforme a lo dicho, teniendo como parámetro, en lo pertinente, los principios y normas constitucionales y las regulaciones de la ley orgánica de presupuesto. [...] En ese contexto, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 352 de la Constitución Política, en el artículo 104 del Decreto 111 de 1996 “Por el cual se compilan la Ley 38 de 1989, la Ley 179 de 1994 y la Ley 225 de 1995 que conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto”, se dispuso que a más tardar el 31 de diciembre de 1996, las entidades territoriales ajustarán las normas sobre programación, elaboración, aprobación y ejecución de sus presupuestos a las normas previstas en la Ley Orgánica del Presupuesto, y en el artículo 109 ibídem, que las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de dicha ley, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Esta normativa al tiempo de reconocer la autonomía de las entidades territoriales en materia presupuestal armoniza sus competencias con el principio de unidad presupuestal, en tanto que autoriza a aquellas a expedir las normas orgánicas de presupuesto que regirán en sus respectivos ámbitos locales, teniendo como parámetro las normas orgánicas del presupuesto nacional. La adopción de estas normas, en todo caso, parte del supuesto que las disposiciones orgánicas del orden nacional se puedan adaptar a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. 3.1.4. En este contexto, es claro para la Sala que en tanto que una disposición de la ley orgánica del presupuesto sea adaptable a las condiciones de la entidad territorial, no reconocer a estas entidades la posibilidad de hacerlo desconocerá su autonomía en esta materia. En el proceso se discute la posibilidad de que una entidad territorial pueda acordar vigencias futuras excepcionales, las cuales están previstas en el artículo 11 de la Ley 819 de 2003, orgánica del presupuesto, como un mecanismo presupuestal autorizado a la Nación. Para la Sala, como pasa a examinarse enseguida, es perfectamente procedente que las entidades territoriales incluyan en sus normas orgánicas la facultad de acordar vigencias futuras excepcionales, en tanto que se trata de un mecanismo que se adecúa también a la organización y a las condiciones de las entidades territoriales. Por consiguiente, debe concluirse en este acápite que desconoce el principio de autonomía presupuestal de las entidades territoriales la sentencia que no les reconoce la facultad de acordar vigencias futuras excepcionales”.

FACULTAD DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES PARA ACORDAR VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES / PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES TRATÁNDOSE DE LA AUTORIZACIÓN DE VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES - Garantía / VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES EN EL ORDEN TERRITORIAL – Requisitos

Problema jurídico 2: *“La Sala debe determinar en este punto si desconoce el derecho a la igualdad de las entidades territoriales frente a la Nación, la sentencia que establece que no es procedente que aquéllas acuerden vigencias futuras excepcionales”.*

Tesis 2: “[P]ara la Sala es claro que, por razón del derecho de igualdad que les asiste a las entidades territoriales, éstas pueden hacer uso también de las vigencias futuras excepcionales, cumpliendo en todo caso requisitos semejantes a los establecidas en el

caso de la Nación en la Ley 819 de 2003, que adaptados a las condiciones de las entidades territoriales, se concretan en las siguientes: (i) las vigencias futuras excepcionales solo podrán ser autorizadas para los precisos asuntos señalados en las normas orgánicas del Presupuesto General de la Nación y de la respectiva entidad territorial, los que guardarán relación con proyectos estratégicos indicados expresamente en el Plan de Inversiones del Plan de Desarrollo; (ii) la autorización de las vigencias debe provenir de la asamblea o concejo respectivo y contar con la aprobación previa del órgano de política fiscal del nivel territorial; (iii) el monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas deberán consultar las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo de que trata el artículo 5º de dicha ley; y (iv) cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación. De otro lado, en el marco de la disciplina fiscal que impone la Ley 819 la autorización de las vigencias solo podrá otorgarse si sumados todos los compromisos que se pretendan adquirir por dicha modalidad y sus costos futuros de mantenimiento y/o administración no se excede la capacidad de endeudamiento de la entidad territorial. En el anterior contexto, en armonía con las consideraciones expuestas a lo largo de este acápite, debe concluirse que la sentencia que no reconoce la posibilidad de acordar tales vigencias a las entidades territoriales vulnera el derecho de igualdad de éstas frente a la Nación”.

FACULTAD DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES PARA ACORDAR VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES

Problema jurídico 3: *¿Es procedente que las entidades territoriales acuerden vigencias futuras excepcionales?*

Tesis: 3: “[E]ncuentra la Sala en efecto que, contrario a lo antes sostenido, a la luz de las normas orgánicas del presupuesto de la Nación vigentes a la fecha de expedición del acto acusado (22 de febrero de 2010), sí es procedente que las entidades territoriales acuerden vigencias futuras excepcionales, en primer lugar, en reconocimiento de la autonomía que la Constitución Política les concede, que les permite adaptar tales normas en sus estatutos orgánicos del presupuesto en tanto que se ajusten a la organización, normas constitucionales y condiciones de las entidades territoriales, lo que ocurre en este evento, y en segundo lugar, como garantía del derecho de igualdad de aquellas frente a la Nación en esta materia, al existir elementos de coincidencia en aspectos relevantes como la planificación, la estructuración del presupuesto y la disciplina fiscal. En efecto, en el estudio que antecede se realizó una interpretación sistemática de la normativa constitucional y legal que regula la materia, en particular de los artículos 352 de la Constitución Política y 104 y 109 del Decreto 111 de 1996 contentivo del Estatuto Orgánico del Presupuesto, el cual dejó en claro que las entidades territoriales son competentes para ajustar las normas orgánicas del presupuesto nacional, por lo cual pueden acordar vigencias futuras excepcionales en sus respectivos ámbitos locales”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 1 de febrero de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 08001-23-31-000-2010-00987-01,](#)

Con aclaración de voto de los consejeros María Elizabeth García González y Roberto Augusto Serrato Valdés

VIGENCIAS FUTURAS EXCEPCIONALES EN EL ORDEN TERRITORIAL

Tesis: “Consideramos que ha debido anularse el acto aquí demandado, pero por las mismas razones que se plasmaron en la providencia de 13 de diciembre de 2012 (Expediente nro. 2003-03456-02, Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), por cuanto a nuestro juicio, en vigencia de la Ley 819 de 2003, no procedían vigencias futuras excepcionales en el ámbito territorial”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 1 de febrero de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, radicación 08001-23-31-000-2010-00987-01, S.V. consejeros María Elizabeth García González y Roberto Augusto Serrato Valdés.](#)

22. La acción de nulidad es la que procede para cuestionar la legalidad del acto administrativo que no crea de ninguna manera una situación jurídica particular.

Síntesis del caso: *La Asociación de Vecinos Unidos por la Convivencia - ASOVEC presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., para obtener la nulidad del Decreto 397 de 15 de diciembre de 2004 “Por el cual se reglamenta la Unidad de Planeamiento Zonal (UPZ) No. 20, LA ALHAMBRA, ubicada en la Localidad de SUBA”, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probadas de oficio las excepciones de indebida escogencia de la acción de nulidad simple y de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; y se inhibió de proferir decisión de fondo sobre las pretensiones de la demanda.*

ACCIÓN DE NULIDAD Y DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Características y diferencias / ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO RESPECTO DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL – Improcedente / ACCIÓN DE NULIDAD RESPECTO DE ACTO ADMINISTRATIVO DE CARÁCTER GENERAL - Procedencia / TEORÍA DE LOS MÓVILES Y FINALIDADES – Aplicación

Problema jurídico: *“La controversia en el caso sub examine gira en torno a determinar si era posible que el Tribunal se declarara inhibido para proferir decisión de fondo sobre las pretensiones de la demanda, al encontrar, oficiosamente, que prosperaba la excepción de indebida escogencia de la acción de nulidad, considerando que lo que pretendía la parte demandante, con dicho medio de control de legalidad, era que algunos comerciantes pudieran continuar ejerciendo sus actividades dentro del sector de “La Alhambra” en la localidad de Suba de la ciudad de Bogotá D.C., sector este reglamentado por el Decreto acusado 397 de 2004, procurando de manera indirecta un restablecimiento automático del derecho; concluyendo el Tribunal que la acción que debió intentar la demandante contra dicho acto acusado, era la de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual, se encontraría caducada”.*

Tesis: “[D]e la lectura del Decreto demandado 397 de 2004, se observa que su contenido no se encuentra relacionado directa e inmediatamente con persona determinada o determinable que pueda resultar afectada por tal acto, es decir, no crea de ninguna manera una situación jurídica particular, por el contrario de manera general define y precisa el planeamiento del uso del suelo en una zona específica en la localidad de Suba, como es la zona de “La Alhambra”. En el Decreto, básicamente se determinó y desarrolló, como política general de la norma urbanística, la garantía de carácter residencial de la zona, privilegiando la vivienda sobre las demás actividades y potenciando sus condiciones ambientales, creando situaciones jurídicas, objetivas abstractas e impersonales, dándole a dicho acto administrativo el carácter de general. (...) El Tribunal de primera instancia aplica de forma errada la teoría de los móviles y finalidades (...). [L]a teoría de los móviles y finalidades se refiere a la posibilidad de

demandar mediante la acción de simple nulidad los actos particulares cuando se cumplan unas condiciones especiales, sin embargo, en el presente caso debe observarse que en efecto el acto demandado, como ya se analizó, se trata de un acto administrativo de carácter general (...) el actor no persigue un restablecimiento de derecho y tampoco existe restablecimiento automático de derecho alguno, ya que, se repite, no se trata de un acto administrativo particular cuya anulación implicaría tal restablecimiento a persona o personas determinadas, al dejar sin efecto la política general de urbanística para la zona de La Alhambra en la localidad de Suba. (...) [A] no ser el acto acusado, el Decreto 379 de 15 de diciembre de 2004, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, un acto de contenido particular donde, con su nulidad, automáticamente se restablecería un derecho subjetivo, sino que se trata de un acto administrativo impersonal, lo cual es un factor determinante de su carácter general, al Tribunal no le era dado inferir que por un supuesto restablecimiento automático del derecho para una específica comunidad de comerciantes, no le era permitido a la demandante, por representar a tal comunidad, interponer una acción de nulidad, en pos de defender legalidad y la tutela del orden jurídico en abstracto”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 25 de enero de 2018, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, radicación 25000-23-24-000-2006-01027-01.](#)

SECCIÓN PRIMERA (Sección 5 Descongestión Acuerdo 357/2017)

23. Competencia del gobernador para delegar funciones de creación, supresión y fusión de empleos de las dependencias de la entidad territorial

Síntesis del caso: *La Asociación Sindical de Trabajadores del Área de la Salud de La Región del Sumapaz (ASTRASS) ejerció la acción de nulidad contra el Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Salud y la Empresa Social del Estado Hospital San Rafael de Fusagasugá, en procura de obtener la anulación de las resoluciones 1599 de 2011 y 1649 del mismo año, que aprobaron los acuerdos 003, 004, 005 y 006 dictados por la Junta Directiva de la ESE referida. El Acuerdo 003, del 12 de abril de 2011, suprimió unos empleos de la planta de personal de la ESE y tomó otras determinaciones. A su vez, mediante el Acuerdo 004 de la misma fecha, se creó una nueva planta de empleos. El Acuerdo 005 estableció la planta de empleos y el 006 estableció el manual específico de funciones y competencias laborales para los diferentes servidores.*

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES / DELEGACIÓN DE FUNCIONES - Límites / DELEGACIÓN DE FUNCIONES DE GOBERNADOR EN SECRETARÍA DE SALUD PARA REGULAR ASPECTOS DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL / AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN MATERIA DE DELEGACIÓN – Alcance

Problema jurídico: *“La Ley 489 de 1998, que fue aplicada por el Tribunal para, entre otros, definir la legitimidad de la delegación de funciones en la Secretaría de Salud Departamental, solamente regula a la administración pública del orden nacional y, por ende, no puede ser invocada para regular aspectos de la organización departamental, distrital o municipal”.*

Tesis: *“[D]e la lectura de la ley referida [Ley 489 de 1998] se puede evidenciar que su objeto no es solamente el nivel nacional de la administración, sino que también incluye los diferentes niveles territoriales de la organización estatal. Así puede derivarse, por*

ejemplo, del párrafo del artículo 2º, que establece el ámbito de aplicación del estatuto y dispone lo siguiente: “Párrafo.- Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política”. (Negrilla fuera de texto original). En esos términos, la Ley 489 de 1998 no se limita a regular restrictivamente las funciones del Presidente de la República –como se afirma en la apelación- sino que también refiere algunas normas generales aplicables explícitamente a los gobernadores, las cuales se encuentran establecidas, entre otros, en el capítulo X (“Estructura y organización de la Administración Pública”). Adicionalmente, esas normas, incluyendo las que regulan la delegación de funciones, no se evidencian como incompatibles con las atribuciones del mandatario departamental establecidas en el Decreto 1222 de 1986 (Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental), especialmente con el artículo 94 numeral 9, en la que se dispone lo siguiente: “Son atribuciones del gobernador: (...) 9. Crear, suprimir y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, con sujeción a las normas del ordinal 5º del artículo 187.” En todo caso, lo constitucionalmente relevante dentro de la aplicación de esas normas es que no exista un menoscabo de la autonomía que la Carta Política le otorga a las entidades territoriales (art.- 1º de la C.P.). Al respecto vale la pena citar la sentencia C-1183 de 2008, en la que la Corte Constitucional estudió la relación entre la autonomía de esos entes y su relación con la Constitución y la ley. En este pronunciamiento la Corte recordó que los derechos de los Departamentos no impiden que el legislador defina algunos límites al ejercicio de sus funciones”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera \(Sección 5 Descongestión Acuerdo 357/2017\), sentencia de 18 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 25000-23-24-000-2011-00602-01.](#)

24. Se niega la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a Aliansalud EPS S.A. por incurrir en conductas enmarcadas como anticompetitivas.

Síntesis del caso: *Aliansalud Entidad Promotora de Salud S.A. solicitó la nulidad de las resoluciones expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante las cuales se declaró que infringió lo dispuesto en los artículos 3 y 5, numerales 1, 8 y 10, del Decreto 1663 de 1994; y se le impuso sanción pecuniaria.*

LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD / ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA – Configuración

Problema jurídico: *¿Las Entidades Promotoras de Salud incurrieron en un acuerdo contrario a la libre competencia, al acordar los servicios considerados como cubiertos o no del POS; la información respecto del cálculo de la UPC y los datos que serían reportados al Ministerio de Protección Social?*

Tesis: “El análisis del material probatorio recaudado llevó a la SIC a determinar la existencia de un acuerdo que tenía por objeto restringir o afectar la libre competencia en el mercado de prestación de servicios de salud, en la medida en que lo pretendido por las EPS era establecer de consuno los datos que serían reportados al Ministerio de Protección Social para la definición de los procedimientos que en lo sucesivo debían considerarse para ser incluidos o no dentro del POS. (...) De esta manera, el intercambio de datos sobre lo que cada EPS considera debe estar incluido en el POS y

la información respecto del cálculo de la UPC dirigidos a lograr un consenso y presentarlo al Ministerio de Salud y Protección Social para que defina el listado de servicios, constituye una conducta contraria a la libre competencia en el mercado de salud, basada en la cobertura de los servicios prestados. El criterio unificado que se gestó en las EPS bajo la coordinación de ACEMI contiene información sensible para la definición de los procedimientos y servicios que deben estar contemplados en el POS, lo que evidentemente impide la libre competencia entre las EPS si se tiene en cuenta que cada una de las entidades tiene conocimiento preciso y detallado de los servicios que son prestados por las demás y bajo qué parámetros. La existencia de un consenso o criterio unificado acerca de la cobertura de los servicios por se repercute de manera contundente en la escogencia por parte del usuario de la entidad prestadora, en consideración a la falta de mecanismos diferenciadores referente a los servicios ofrecidos. Bajo tales presupuestos, no le asiste razón al apelante en el sentido de afirmar que toda la información intercambiada entre Aliansalud S. A. y ACEMI obedeció a una exigencia del Ministerio de Protección Social para definir el listado del POS, pues, si bien la política de cobertura de servicios se determina con fundamento en los datos suministrados por las EPS, lo cierto es que esa información debe ser presentada en forma individual en aras, precisamente, de que exista transparencia en el mercado de prestación de servicios de salud”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera \(Sección 5 Descongestión Acuerdo 357/2017\), sentencia de 12 de abril de 2018, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 25000-23-24-000-2012-00788-01.](#)

25. El concejo municipal carece de competencia para establecer, en la zona de frontera, la sobretasa a la gasolina importada en una tarifa inferior a la prevista para la gasolina nacional.

Síntesis del caso: *Se demandaron ciertas expresiones contenidas en los Acuerdos 14 de 8 de octubre de 2003 y 004 de 10 de marzo de 2005, expedidos por el Concejo Municipal de Ocaña (Norte de Santander), mediante los cuales se reglamenta el porcentaje para el cobro a la sobretasa de la gasolina en el ente territorial.*

SOBRETASA A LA GASOLINA NACIONAL E IMPORTADA EN ZONAS DE FRONTERA – Distinción / PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA – Vulneración / PRINCIPIO DE EFICIENCIA TRIBUTARIA – Vulneración / AUTONOMÍA FISCAL DE ENTE TERRITORIAL – Sujeción a la ley / FALTA DE COMPETENCIA DE CONCEJO MUNICIPAL PARA ESTABLECER SOBRETASA A LA GASOLINA IMPORTADA

Problema jurídico: *¿Los motivos de inconformidad esgrimidos en el recurso de apelación interpuesto por el actor, tienen la vocación de desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, y si como consecuencia de ello, resulta procedente acceder a sus súplicas y revocar la sentencia del Tribunal que las denegó?*

Tesis: “[L]a Sala evidencia que las expresiones demandadas vulneran flagrantemente el orden constitucional previsto en los artículos 287, 313 numeral 4º y 363 de la Constitución Política, por cuanto la reglamentación y fijación de una tarifa especial a la sobretasa de la gasolina “importada”, de forma diferenciada con la tarifa de la sobretasa determinada para la gasolina producida en Colombia, transgrede los principios superiores de autonomía fiscal del legislador quien no lo previó así, infringiendo los principios constitucionales de equidad y eficiencia tributaria. El Concejo Municipal de Ocaña (Norte de Santander), con la expedición de los Acuerdos censurados, excedió el ámbito de ejercicio de sus facultades de reglamentación de la sobretasa a la gasolina en zonas de frontera, en tanto las mismas permanecían sujetas a las condiciones indicadas en la Constitución y en la ley, sin que por razones ajenas a ella hubiera lugar

a alterarlas, desconociendo con ello, además, el principio de república unitaria previamente sustentado. La autonomía fiscal del Municipio de Ocaña (Norte de Santander) está subordinada a la ley y así debe permanecer, por lo que deberá restablecerse su statu quo, quebrantado por la medida abusiva adoptada por los artículos demandados Acuerdos Nros. 14 de 2003 y 0004 de 2005 de su Concejo municipal, al emplear el mecanismo especial de fijación de tarifas para la sobretasa a la gasolina, de manera segregada, inequitativa e ineficiente, distinguiendo entre combustible importado y nacional cuando no fue esa la voluntad y motivación del legislador, quien le apuntó a que toda la gasolina en general, de los municipios fronterizos, fuese gravada con una sobretasa más cómoda y atractiva y no solo una de ellas. (...) No se anulará la expresión “[...] tarifa general [...]” por las mismas razones expuestas y porque de conformidad con el ordenamiento jurídico revisado, solamente mediando el buen uso del mecanismo especial de fijación de tarifas de la sobretasa a la gasolina en zonas de frontera, puede llegar a suplirse la imposición legal del 19% que determinó el legislador por defecto”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera \(Sección 5 Descongestión Acuerdo 357/2017\), sentencia de 10 de mayo de 2018, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicación: 54001-23-31-000-2007-00348-01.](#)

IX. SECCIÓN SEGUNDA

26. El Estado Colombiano tiene el deber de brindar protección a la mujer frente a todo tipo de maltrato físico, psicológico y moral, para lo cual debe velar porque sus funcionarios y servidores se abstengan de infringir dicha obligación, so pena de incurrir en falta disciplinaria por incumplimiento de deberes (art. 23 de la Ley 734 de 2002) además de aquella que se configure por ejecutar actos de violencia en contra de otros servidores públicos o dirigir en su contra injurias o calumnias (artículo 35, ordinal 6), aunque tal conducta no se ejecute en la sede de la entidad y en horario laboral, pues basta con que se presente con ocasión de la vinculación como servidor público.

Síntesis del caso: *Un servidor de la Contraloría General de la República fue sancionado con la suspensión del cargo por haber ejecutado actos de violencia en contra de otra servidora de la entidad y le dirigió injurias, en horas de la madrugada mientras se dirigían a una actividad programada para el personal.*

PROCESO DISCIPLINARIO / AGRESIÓN FÍSICA Y VERBAL A FUNCIONARIA PUBLICA / FALTA DISCIPLINARIA – Estructuración / TIPICIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO / TIPOS ABIERTOS / CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Problema jurídico 1: *¿La conducta desplegada por el [demandante] incurrió en desconocimiento del deber impuesto por el artículo 34 ordinal 1 de la Ley 734 de 2002 y en la prohibición de que trata el artículo 35 ordinal 6 ejusdem en concordancia con lo previsto por los artículos 1 y 2 de la Ley 248 de 1995?*

Tesis 1: “[E]l incumplimiento de deberes como falta disciplinaria es un tipo abierto que requiere de la integración con otras disposiciones normativas. De esta manera, para lo que es materia de estudio, existen diversos instrumentos internacionales con los cuales se ha buscado el respeto por la integridad, física, psíquica y moral de las personas, como lo hace el artículo 5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos

(Pacto de San José) así como erradicar toda forma de violencia contra la mujer así como cualquier forma de discriminación por tal condición [...] Del anterior recuento, es claro el compromiso que ha asumido el Estado Colombiano de brindar protección a la mujer frente a todo tipo de maltrato físico, psicológico y moral, para lo cual debe velar porque sus funcionarios y servidores se abstengan de infringir dicha obligación. Adicionalmente, la Ley 734 de 2002 prohíbe a todo servidor público ejecutar actos de violencia en contra de sus superiores, subalternos, compañeros de trabajo y demás servidores públicos o dirigir en su contra injurias o calumnias (artículo 35, ordinal 6)".

SUBSUNCIÓN DEL TIPO DISCIPLINARIO – Adecuación de la conducta / DEBERES DEL FUNCIONARIO PÚBLICO / DEBER FUNCIONAL / CONDUCTA QUE AFECTE SUSTANCIALMENTE EL DEBER FUNCIONAL

Problema jurídico 2: *¿El proceder del [demandante] encaja dentro del concepto de ilicitud sustancial en los términos del artículo 5 de la Ley 734 de 2002?*

Tesis 2: "El «deber funcional» que contempla el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, se desprende de la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los servidores públicos. Específicamente, hace referencia a la obligación que le asiste a estos de: i) Cumplir el conjunto de funciones asignadas a su cargo, ii) actuar conforme la Constitución Política, la ley o el reglamento, y, iii) garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la prevalencia del interés general y de los fines del Estado. En efecto, el deber funcional es catalogado como el medio a través del cual se cumplen los fines estatales. - Cuando el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 se refiere a la antijuridicidad, la equipara a la ilicitud sustancial. Por ende, las autoridades disciplinarias en el momento de decidir si una conducta de un servidor público es sancionable disciplinariamente, debe verificar, no solo la vulneración del deber, es decir la ocurrencia de la antijuridicidad formal propiamente dicha, sino que además le corresponde examinar la sustancialidad de la ilicitud, pues de lo contrario se trataría de responsabilidad objetiva que se encuentra proscrita. En virtud de lo anterior, solo pueden ser juzgadas disciplinariamente, las conductas que afecten sustancialmente el deber funcional, entendido este en los términos arriba señalados. -Se considera que existe «ilicitud sustancial», cuando se comprueba que el quebrantamiento del deber, implica una real y efectiva afectación del buen funcionamiento del Estado, del interés general y/o de la función pública, esto es, cuando se afecta sustancialmente el deber funcional. -No es la ocurrencia del daño lo que determina la responsabilidad, sino la sustancialidad del deber. Por tanto basta con que el incumplimiento del deber afecte sustancialmente la función pública, el interés general, o los fines del Estado, para que se produzca la falta. Ello siempre y cuando, el quebrantamiento del deber funcional no esté amparado en las causales de exclusión de responsabilidad de que trata el artículo 28 de la Ley 734 de 2002. [...] El estudio que hizo la Corte acerca de la aplicabilidad del derecho disciplinario para sancionar el comportamiento del servidor público cuando su proceder se desarrolle en un rol privado y no en ejercicio de sus funciones, es perfectamente aplicable para las demás actuaciones que tengan esta connotación, eso sí, siempre que la conducta desplegada por el servidor público en estas condiciones tenga la virtualidad de afectar la función pública, el interés general o los fines del Estado. [...] Adicionalmente, es claro que el artículo 27 de la mencionada Ley 734 de 2002 dispone que las faltas disciplinarias «se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones», es decir, la conducta es disciplinariamente relevante si se despliega durante una actividad que desarrolle el sujeto por virtud de una vinculación legal y reglamentaria o del ejercicio de funciones públicas que tenga a su cargo".

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de mayo de 2018, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 110001-03-25-000-2013-01092-00\(2552-13\).](#)

27. La prohibición de vinculación en la nómina estatal en época preelectoral, consagrada en la Ley 996 de 2005, no es aplicable a la Procuraduría General de la Nación, pues, dicha restricción sólo se contempla para la rama ejecutiva.

Síntesis del caso: *El demandante es declarado insubsistente del cargo de Procurador Provincial de Buga, por acto administrativo expedido por la Viceprocuradora General de la Nación en época preelectoral.*

INSUBSISTENCIA DE PROCURADOR PROVINCIAL – Procedencia / FACULTAD DISCRECIONAL / ESTABILIDAD LABORAL EN ÉPOCA PREELECTORAL O LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Inaplicación

Problema jurídico: *¿Desconoció la Procuraduría General de la Nación al expedir el acto de insubsistencia del Procurador Provincial de Buga, las reglas relativas a la estabilidad laboral que otorga la Ley 996 de 2005 -Ley de garantías electorales?*

Tesis: “El contenido prohibitivo señalado en el artículo 32 de la Ley 996 de 2005, que es la disposición que suspende la vinculación a la nómina estatal, no resulta aplicable a la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder. En efecto, los destinatarios de la restricción contenida en el citado artículo, solo es aplicable a los servidores de la rama ejecutiva del poder público, por lo que, al ser la Procuraduría General de la Nación un órgano autónomo y diferente de la rama ejecutiva, no estaba cobijado por su contenido limitante o restrictivo. Por lo anterior, la prohibición de no vinculación a la nómina estatal contenida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, no deviene aplicable a la Viceprocuradora General de la Nación, por lo que entonces, al expedirse el Decreto 2293 de 30 de mayo de 2014, el cual declaró insubsistente al demandante, no indica un actuar que desconozca una norma superior, todo lo contrario, como quiera que ésta se produjo bajo la facultad nominadora y discrecional que la constitución y el Decreto 262 de 2000 le confería”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 22 de marzo de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 76001-23-33-000-2014-01351-01\(0606\)](#)

28. La edad de retiro forzoso de los docentes universitarios es de 75 años, según lo preceptuado en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996. No pueden ser retirados del servicio por inclusión en la nómina de pensionados quienes son beneficiarios del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y han consolidado su derecho antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, en aplicación del principio de irretroactividad de la ley.

Síntesis del caso: *Un empleado público, en su condición de docente universitario y con fundamento en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, manifestó su deseo de continuar vinculado al servicio hasta que cumpliera los 75 años de edad, no obstante dicho pedimento no fue tenido en cuenta y, por el contrario, la administración procedió a incluirlo en nómina de pensionados y a su retiro del servicio.*

EDAD DE RETIRO FORZOSO DE DOCENTE UNIVERSITARIO - 75 años de edad / PENSIÓN O PERMANENCIA EN EL SERVICIO HASTA EDAD DE RETIRO FORZOSO – Facultad docente / RETIRO DEL SERVICIO POR PENSIÓN – Aplicación / PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY- Aplicación

Problema jurídico: *¿Al demandante, dada su condición de docente universitario, le era aplicable el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 por haber cumplido requisitos para acceder al derecho a la pensión de jubilación bajo el régimen anterior al ser beneficiario de la transición pensional prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o le asistía el derecho a permanecer en el cargo hasta la edad de 75 años, de acuerdo con lo previsto en la Ley 344 de 1996?*

Tesis: “La norma aplicable al caso particular del señor Robayo Medina, era la prevista en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 en el entendido de que al ser beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su derecho pensional se regía bajo las disposiciones anteriores, esto es, la Ley 33 de 1985, consolidando dicho derecho antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003. Este criterio de interpretación se armoniza con el principio de irretroactividad de la ley, toda vez que se quebranta el aludido principio al aplicar un nuevo precepto legal a las situaciones definidas conforme a la normativa anterior. La interpretación adecuada del artículo 19 de la Ley 344 de 1996 frente al derecho fundamental del actor de manifestar en forma libre y espontánea su voluntad de permanecer en el servicio docente durante diez años más con posterioridad a la edad de retiro forzoso prevista en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, esto es, hasta el cumplimiento de los 75 años, tal y como lo permite el citado artículo 19 de la Ley 344 de 1996, es aquella que otorga efectividad al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, lo que significa que el retiro del servicio por la inclusión en la nómina de pensionados, transgrede los derechos fundamentales del demandante. En conclusión el parágrafo tercero del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, normativa que señala como justa causa de retiro que el servidor cumpla con los requisitos para acceder al derecho a la pensión, no es aplicable al demandante toda vez que la ley entró en vigencia con posterioridad al momento en que adquirió el estatus pensional, razón por la cual, además de lo expresado, es nula la decisión de retirarlo del servicio por la inclusión en la nómina de pensionados”.

Nota de relatoría: La Sala precisa que los docentes que tienen la opción de escoger entre permanecer en el servicio hasta la edad de 75 años, de acuerdo a lo regulado en la Ley 344 de 1996, o de disfrutar de la pensión, son los empleados públicos de carrera señalados en el artículo 72 de la Ley 30 de 1992, es decir, los profesores de dedicación exclusiva, tiempo completo, medio tiempo. Igualmente, señala que no son beneficiarios de dicha prerrogativa los profesores de cátedra y los ocasionales, por no tener la condición de empleados públicos. En cuanto al personal administrativo de los entes universitarios es enfática en señalar que por el carácter excepcional de la ley 344 de 1996, ésta no les es aplicable, y que sólo en casos particulares, se contempla su aplicación al empleado público docente que ejerza funciones de cargos académicos-administrativos y/o directivos, en propiedad o en comisión dentro de la universidad, según lo autoricen sus propios estatutos.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 7 de junio de 2018, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 54001-23-31-000-2006-00766 -01 \(2048-13\).](#)

29. De la nulidad del acto que declaró la ilegalidad del cese de actividades, durante el curso del proceso, se deriva el decaimiento de los actos administrativos que impusieron al trabajador oficial, por su participación, las sanciones de destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos.

Síntesis del caso: *Se sanciona a un trabajador oficial, miembro de la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo (USO) y Ecopetrol S.A, con la destitución del cargo e inhabilidad para desempeñar cargos públicos, por el término de 10 años, por participar en un cese de actividades declarado ilegal, mediante acto administrativo expedido por el Ministerio de Seguridad y Protección Social. Con posterioridad, la jurisdicción contenciosa administrativa declara la nulidad de la decisión de ilegalidad del cese de actividades, por considerar que vulnera los derechos de asociación sindical.*

SANCIÓN DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS POR PARTICIPACIÓN EN HUELGA ILEGAL / DECAIMIENTO O PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO DISCIPLINARIO SANCIONATORIO DURANTE EL CURSO DEL PROCESO / NULIDAD DEL ACTO DE DECLARACIÓN DE ILEGAL DEL CESE DE ACTIVIDADES – Efecto

Problema jurídico *¿La nulidad del acto que declaró ilegal el cese de actividades, durante el curso del proceso, ocasiona la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento de los actos administrativos que impusieron las sanciones de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos al trabajador oficial, por su participación en la huelga?*

Tesis. “La motivación de las decisiones sancionatorias cuestionadas,[destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos] el hecho determinante de la medida disciplinaria fue la participación del actor en la mencionada huelga, a pesar de haber sido declarada ilegal por el Ministerio de la Protección Social.(...) al anularse por el Consejo de Estado el acto administrativo que declaró la ilegalidad del aludido cese de actividades, se produjo el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria de los actos disciplinarios demandados por el actor, por haber desaparecido del mundo jurídico los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyaron, cuanto más por el derecho a la protesta que tienen tales trabajadores oficiales, como el demandante, en particular por su condición de sindicalizado de la USO. Esta consecuencia resulta armónica con el orden jurídico, pues, como lo sostuvo la Corte, existen ocasiones en las que a pesar de que el acto administrativo fue expedido legalmente, en el transcurso del tiempo en que debe exigirse su ejecución se presentan sucesos que excluyen su respaldo normativo”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 1 de abril de 2018, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 11001-03-25-000-2012-00209-00 \(0828-2012\).](#)

30. Suspensión provisional del acuerdo que convoca a concurso abierto de méritos, para proveer los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de algunas de las entidades públicas del Departamento de Antioquia.

Síntesis del caso: *El acuerdo del concurso de méritos para proveer los empleos del departamento de Antioquia está viciado de nulidad al ser suscrito únicamente por el presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil dado que también deben ser suscritos por el representante de la entidad de la cual se ofertan los empleos.*

SUSPENSIÓN PROVISIONAL / CONCURSO DE MÉRITOS DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA / MEDIDA CAUTELAR NO IMPLICA PREJUZGAMIENTO

Problema jurídico: *¿Procede la solicitud de suspensión provisional de los Acuerdos CNSC 20161000001356 del 12 de agosto de 2016 y CNSC 20161000001406 del 29 de septiembre de 2016, de las Resoluciones 20162010034365 del 28 de septiembre de 2016 y 2016010037205 del 18 de octubre de 2016 por ser expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil con vulneración de los artículos 31 de la Ley 909 de 2004 y 13 y 345 Constitucionales?*

Tesis: “L]a Sala precisa que la suspensión que se declara de la Resolución 2016010037205 del 18 de octubre de 2016 tiene efectos respecto del contenido de esta que aún tiene vigencia. Se aclara además que la resolución que la modificó no fue producto del agotamiento de los recursos en sede administrativa, luego es un acto independiente del que se suspende en esta providencia y no se considera demandado en tanto que no fue incluido en la demanda y además, no cumple con el supuesto de que trata el artículo 163 del CPACA. En esa medida, no puede emitirse

pronunciamiento alguno sobre su legalidad. Por lo anterior, se suspenderán de manera provisional los efectos de la Resolución 2016010037205 del 18 de octubre de 2016 en lo que tiene vigencia, hasta tanto se decida definitivamente sobre la legalidad de los Acuerdos CNSC 20161000001356 del 12 de agosto de 2016 y CNSC 20161000001406 del 29 de septiembre de 2016. (...) [L]o expuesto y la medida provisional que en esta providencia se declara respecto de los Acuerdos CNSC 20161000001356 del 12 de agosto de 2016 y CNSC 20161000001406 del 29 de septiembre de 2016 y de la Resolución 2016010037205 del 18 de octubre de 2016, se aclara que ello no impide que continúe el trámite del proceso y mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se decida de fondo sobre la legalidad de los actos administrativos demandados. Lo anterior puesto que, se reitera, el análisis efectuado sobre la legalidad de los actos acusados en esta providencia es preliminar. En consecuencia, lo decidido no es un marco obligatorio que deba ser confirmado en la decisión final que se adopta en la sentencia, luego puede resultar una conclusión diversa del examen más riguroso que de las normas invocadas y de las pruebas se realice, en la medida en que, tal como lo dispone el artículo 229 del CPACA, la decisión sobre la medida cautelar «no implica prejuzgamiento».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de 17 de mayo de 2018, C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, radicación: 110001-03-25-000-2016-01071-00\(4780-16\).](#)

31. Se confirma la sanción disciplinaria de una servidora de la Inspección Primera Urbana de Policía del Municipio de Manizales, al evidenciar que con su conducta vulneró los deberes de todo servidor público, al no dedicar la totalidad del tiempo reglamentario al trabajo encomendado y omitir dar respuesta oportuna a un requerimiento.

Síntesis del caso: *Una servidora de la Personería Municipal de Manizales fue sancionada disciplinariamente en dos ocasiones con la suspensión del cargo por haber infringido los deberes funcionales.*

PROCESO DISCIPLINARIO / DESVIACIÓN DE PODER / FALSA MOTIVACIÓN

Problema jurídico 1: *¿Los actos administrativos sancionatorios cuestionados se encuentran afectados por desviación de poder o falsa motivación?*

Tesis 1: “La Sala observa que los actos sancionatorios cuestionados en el presente proceso son producto de investigaciones llevadas a cabo por autoridades disciplinarias autónomas e independientes de la Alcaldía de Manizales (como lo son la Personería de Manizales y la Procuraduría Regional de Caldas), entidad en la que trabaja la demandante, y no se evidencia en el proceso ningún nexo causal entre la supuesta persecución de la que fue objeto por el jefe de talento humano de la citada entidad accionada y las decisiones tomadas en los actos censurados por esas autoridades disciplinarias que, se reitera, son independientes de la Jefatura de Talento Humano de la Alcaldía de Manizales y no aparecen en el expediente elementos suasorios que demuestren que existe un nexo causal entre la presunta persecución alegada por la demandante y los actos administrativos sancionatorios censurados. Las meras y simples afirmaciones de la demandante, no constituyen un elemento probatorio, ni menos aún llevan al juzgador a la persuasión en el grado de certeza acerca de que, efectivamente, los actos censurados están afectados por los vicios de falsa motivación y desviación de poder. En consecuencia, la Sala estima que la parte demandante no demostró que los actos cuestionados estuvieren afectados por falsa motivación y desviación de poder, tal como lo analizó el a quo”.

PROCESO DISCIPLINARIO / IMPEDIMENTO / INHABILIDAD SOBREVINIENTE / SANCIÓN DISCIPLINARIA

Problema jurídico 2: *¿El jefe de talento humano de la Alcaldía de Manizales estaba incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 8 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002?*

Tesis 2: “La Sala sostendrá la tesis de que el jefe de talento humano de la Alcaldía de Manizales no estaba incurso en la causal establecida en el numeral 8 del artículo 84 de la Ley 734 de 2002, habida cuenta de que él no actuó en los procesos disciplinarios como autoridad disciplinaria. (...) Como consecuencia de lo anteriormente analizado, no tiene razón la accionante al alegar que el jefe de talento humano de la Alcaldía de Manizales estaba incurso en alguna de las causales de impedimento y recusación establecidas en el artículo 84 de la Ley 734 de 2002, porque es evidente y diáfano en el sub lite que ese funcionario no ejerció como autoridad disciplinaria en el proceso disciplinario (tanto en la primera como en segunda instancia) que culminó con la expedición de los actos administrativos sancionatorios atacados”.

PROCESO DISCIPLINARIO / NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO / CAUSAL DE NULIDAD / TÉRMINO PARA PROFERIR DECISIÓN DISCIPLINARIA

Problema jurídico 3: *¿La tardanza de la Procuraduría General de la Nación para proferir la decisión de segunda instancia es una irregularidad con la entidad suficiente para declarar la nulidad de ese acto administrativo sancionatorio?*

Tesis 3: “La Sala sostendrá la postura de que el hecho de haber proferido la Procuraduría General de la Nación la decisión de segunda instancia cierto tiempo después del término establecido en la norma, no constituye una irregularidad suficiente para declarar la nulidad del acto administrativo sancionatorio. La Sala reitera lo que se analizó ut supra en el sentido de que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera por sí sola la nulidad de los actos administrativos sancionatorios, toda vez que lo que interesa, en el fondo, es que no se haya incurrido en fallas de tal naturaleza que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso, o de la presunción de inocencia, es decir, solo las irregularidades sustanciales o esenciales, que implican violación de garantías o derechos fundamentales, acarrear la anulación de los actos sancionatorios. (...) la Sala reitera que este tipo de irregularidades no tienen la entidad suficiente para declarar la nulidad de los actos administrativos sancionatorios, porque de la tardanza en proferir la decisión sancionatoria de segunda instancia no se demostró que ella originó una violación al debido proceso, al derecho de defensa de la demandante”.

PROCESO DISCIPLINARIO / COSA JUZGADA / SANCIÓN DISCIPLINARIA NO FUE PROFERIDA POR LOS MISMOS HECHOS / INHABILIDAD SOBREVINIENTE

Problema jurídico 4: *¿Se violó el principio de non bis in ídem porque presuntamente en los actos sancionatorios demandados y en el de ejecución de una sanción (Resolución 0369 de 29 de febrero de 2012) se condenó disciplinariamente a la demandante dos o más veces por los mismos hechos?*

Tesis 4: “[L]a sala constata que los actos sancionatorios enjuiciados no afectaron el principio del non bis ídem por las siguientes razones: i) la demandante no fue sancionada más de dos veces por los mismos hechos y ii) a la accionante tampoco se le impusieron varias sanciones dentro del mismo proceso disciplinario por los mismos hechos. (...) En consecuencia, se reitera, tal inhabilidad sobreviniente no es una nueva sanción por los mismos hechos sino una medida de protección de la administración

sobre los bienes jurídicos que protege el derecho disciplinario, relacionados con los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, frente a la comisión por parte de los servidores públicos de tres faltas disciplinarias en un período de cinco (5) años. (...) Ahora bien, si en gracia de discusión se planteara que lo que alega la demandante es que fue sancionada por los mismos hechos en los dos procesos disciplinarios anteriores al tercero analizado y que dieron origen a los actos sancionatorios cuestionados, tampoco tendría razón la demandante puesto que la Sala vislumbra que en los dos procesos anteriores la demandante fue sancionada por hechos diferentes desde el punto de vista fáctico y de tiempo, es decir, por hechos acaecidos en fechas anteriores a la tercera sanción, y que además fueron sancionados con medidas diferentes en cada uno de los tres casos”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de mayo de 2018, C.P. Gabriel Valbuena Hernandez, radicación: 17001-23-33-000-2013-00585-01\(3623-14\).](#)

X. SECCIÓN TERCERA

32. Se declara patrimonialmente responsable al Ministerio de Defensa Nacional, Policía, por los daños y perjuicios derivados de la muerte de técnico antiexplosivos, quien no contaba con la dotación y herramientas necesarias para desactivar cilindro bomba.

Síntesis del caso: *Miembro de la Policía Nacional, adscrito a la SIJIN de Barrancabermeja murió a causa de una detonación que desintegró su cuerpo, cuando manipulaba sin ninguna medida de protección un cilindro bomba para hacerlo explotar de forma controlada, con el objetivo de proteger a los ciudadanos de sector comercial donde fue ubicado por grupos al margen de la ley.*

PROCEDIMIENTO Y MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA DESACTIVAR ARTEFACTOS EXPLOSIVOS / DAÑOS SUFRIDOS POR SERVIDORES ESTATALES / DAÑOS SUFRIDOS POR INTEGRANTE DE LA FUERZA PÚBLICA – Técnico antiexplosivos / DAÑOS CAUSADOS A INTEGRANTE DE LA FUERZA PÚBLICA EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES / MUERTE EN ACTOS ESPECIALES DEL SERVICIO / DAÑOS CAUSADOS A INTEGRANTE DE LA POLICÍA CON ARTEFACTO EXPLOSIVO / INDEBIDO MANEJO DEL RIESGO PARA DESACTIVAR ARTEFACTOS EXPLOSIVOS / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Problema jurídico: *¿Hay lugar a declarar patrimonialmente responsable a las fuerzas militares, por la muerte del técnico antiexplosivos, en el marco de un procedimiento de desactivar cilindro bomba de alto poder?*

Tesis: “Pone en evidencia el indebido manejo del riesgo al que se sometió al agente, consistente en desactivar los artefactos explosivos y ser alcanzado por estos sólo en el evento de que las seguridades requeridas llegaran a faltar en razón de un imprevisto o evento irresistible. Se advierte que la víctima debió prestar el servicio en condiciones precarias, en cuanto, tratándose de un trabajo especializado que requiere de una dotación especial, misma que la hace posible, debió proceder sin seguridades. De modo que, resulta altamente censurable que la Policía, dada la situación de orden público de la zona, haya expuesto a los técnicos sin elementos de protección. (...)”

incluso fue expuesta la población civil, pues la víctima no tuvo otro recurso que retirar el explosivo de la zona comercial y bancaria de Barrancabermeja, sin contar con los elementos necesarios para adelantar un procedimiento seguro, al punto que bien podía haber acontecido una tragedia mayor. (...) es suficiente para concluir que el cónyuge de la demandante fue puesto en una situación de inferioridad y desigualdad, ya que fue compelido a afrontar directamente y sin elementos de trabajo y medidas de protección idóneas, un nivel de riesgo que sólo se puede afrontar bajo condiciones que el mismo técnico no podía proporcionarse. (...) impone condenar a la Policía Nacional a indemnizar la muerte del agente Héctor Fabio González Betancurt, por cuanto este último se vio en el imperativo de asumir un riesgo excesivo e innecesario, si se considera que no contaba con la dotación ya existente en el país, que le hubiere preservado la vida. Esto último, en cuanto se trata de equipos técnicamente diseñados para tal fin, los que, de no existir, harían indigna la actividad de quienes se preparan para defender a la población civil de las acciones insurgente, en las que se utilizan artefactos explosivos.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de marzo de 2018, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, radicación: 68001-23-31-000-1999-02376-01\(40478\)](#)

33. Se configura la responsabilidad objetiva de riesgo excepcional por la infección de poliomeilitis adquirida por bebé de 2 meses de edad posterior a la aplicación de la vacuna en centro hospitalario.

Síntesis del caso: *El 15 de julio de 2002, una menor de dos meses y medio de edad, fue llevada por su madre a un centro de salud adscrito al Hospital Pablo Sexto de Bosa, para que se le aplicara la vacuna contra la poliomeilitis, a los pocos días su estado de salud se complicó. En el centro hospitalario donde fue atendida le diagnosticaron “infección de polio posvacunal”, la cual fue causada por esa misma vacuna.*

DAÑO OCASIONADO POR LA ACTIVIDAD MÉDICA / DAÑO OCASIONADO POR APLICACIÓN DE VACUNAS / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD - Reiteración jurisprudencial / PELIGROSIDAD INTRÍNSECA POR APLICACIÓN DE VACUNAS / PELIGROSIDAD INHERENTE AL RIESGO Y A LOS EFECTOS DAÑINOS QUE DE ÉL SE DERIVEN / CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDE A LA DEMANDANTE / ACREDITACIÓN DEL NEXO DE CAUSALIDAD / POLÍTICA PÚBLICA DE VACUNACIÓN / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO DE RIESGO EXCEPCIONAL

Problema jurídico: *“[L]a Sala examinará si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la Administración por la aplicación de la vacuna contra la poliomeilitis a la menor (...), la cual le produjo graves consecuencias a su salud”*

Tesis: “En casos similares al que ocupa la atención de la Sala en la presente oportunidad, en la cual se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la aplicación de vacunas, esta Sección del Consejo de Estado ha precisado que deben ser analizados bajo un régimen objetivo, dada la peligrosidad intrínseca que estas implican. (...) en aquellos eventos de responsabilidad médica estatal susceptibles de ser analizados bajo el régimen objetivo de responsabilidad, el fundamento de la objetividad dimana de la peligrosidad que es inherente al riesgo y de los efectos dañinos que de él se desprenden. (...) para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial del Estado por la aplicación de vacunas, quien alega haber sufrido un perjuicio deberá acreditar el respectivo nexo de causalidad, esto es,

demostrar que la infección que afectó a la víctima fue adquirida por la aplicación de dicha vacuna, sin que en tal evento resulte necesario que se pruebe que la entidad demandada actuó de manera indebida o negligente. (...) aun cuando no se acreditó irregularidad alguna o conducta negligente por parte del personal que almacenó, transportó y aplicó la vacuna a la menor (...), lo cierto es que ello no resulta suficiente para liberar a las entidades demandadas de responsabilidad en un caso como el presente, en el cual se analizan los hechos objeto del litigio -daños por la aplicación de vacunas potencialmente peligrosas-, bajo un régimen de responsabilidad objetivo de riesgo excepcional, habida cuenta de que -se reitera- fue la aplicación de la vacuna anti poliomielitis, en el centro de salud perteneciente al hospital demandado, en ejecución de una política pública de vacunación, coordinada y desarrollada por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, la que le produjo el contagio con ese mismo virus a la menor, razón por la cual ese desenlace no puede resultar ajeno o externo a la prestación del servicio médico por parte de las entidades demandadas”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 26 de abril de 2018, C.P. María Adriana Marín, radicación: 25000-23-26-000-2004-02010-01\(41390\).](#)

34. Se declara la nulidad del acto de adjudicación de concurso de méritos por exceso ritual manifiesto en la verificación de los requisitos previstos en los términos de referencia.

Síntesis del caso: *La sociedad Arquitectos e Ingenieros Asociados S.A. solicitó la nulidad de la resolución mediante la cual el departamento de Caldas adjudicó al Consorcio Alfa el concurso público de méritos que tenía como finalidad la restauración arquitectónica del Palacio. Como consecuencia, solicitó anular el contrato y ordenar el pago de los perjuicios derivados.*

CONCURSO DE MÉRITOS / NULIDAD DE ACTO DE ADJUDICACIÓN / TÉRMINOS DE REFERENCIA - Interpretación / CAUSALES DE RECHAZO / DEFECTOS FORMALES Y SUSTANCIALES / EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Problema jurídico: *¿El objeto social de la actora le permitía la celebración y ejecución del contrato tendiente a la restauración arquitectónica y, si fuera así, cumplió con la visita a la obra conforme al alcance y finalidad previstos en los términos de referencia?*

Tesis: “[E]s claro que el objeto social de la actora le permitía ejecutar labores de restauración de edificaciones. En esa línea, la exigencia del numeral 5 del ítem 14.2.3.1. debía interpretarse en la forma aquí explicada, esto es, en un entendimiento integral del objeto social, el cual incorpora dentro del mismo los “i) actos que están comprendidos en la noción de la actividad; ii) actos que están directamente relacionados con esa actividad; y iii) otros actos que tienen como finalidad “(...) ejercer los derechos y las obligaciones, legal y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”; sin embargo, en el acto administrativo demandado se incurrió en un exceso ritual manifiesto al exigir que expresamente se incorporara la labor de restauración de edificaciones en el objeto social de la sociedad actora, cuando un ejercicio interpretativo integrador bastaba para superar esa objeción. Debe recordarse que el rechazo de un proponente se justifica en la imposibilidad de la comparación de las propuestas por cuestiones sustanciales, más no formales (numeral 15 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993) (...) Segundo cargo (...) [E]s claro que el motivo del rechazo de la propuesta de la actora se centró en que su representante legal, dada su condición de ingeniero civil, debió comparecer a la visita de la obra, según se interpretó lo imponía el numeral 12 de los términos de referencia tantas veces citado. Siendo ese el único motivo de rechazo, la Sala reitera que es un entendimiento inadmisibles y

desproporcionado, en tanto cercena de forma clara la posibilidad legal de comparecer a través del apoderamiento o representación, figuras a través de las cuales la finalidad buscada con la exigencia también se podía cumplir. En esos términos, como los fundamentos del rechazo resultan ilegales, se impone anular el acto administrativo cuestionado”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 14 de febrero de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación: 17001-23-31-000-2003-00896-01\(37485\)](#)

35. Se condenó al Estado por el daño a bienes civiles generado en ataque guerrillero por el incumplimiento de las obligaciones de planeación, prevención y protección de las fuerzas armadas.

Síntesis del caso: *El 16 de noviembre de 1999 en la noche, se reportó una incursión guerrillera en el municipio de Villarrica, Tolima, dirigida contra la estación de policía, la cual se extendió hasta el día siguiente. El ataque dejó civiles muertos, heridos y bienes destruidos.*

INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / ATAQUE GUERRILLERO / CONFLICTO ARMADO / DAÑO A BIENES CIVILES / FALLA DEL SERVICIO / PREVISIBILIDAD DEL DAÑO / PERJUICIOS MORALES POR DESTRUCCIÓN DE BIENES

Problema jurídico: *¿En el caso bajo análisis el detrimento patrimonial y la afrenta a la tranquilidad de los actores son imputables a las demandadas o, por el contrario, se configuró alguna de las causales eximentes de responsabilidad?*

Tesis: “[E]sta Subsección imputará responsabilidad a la Nación pero no a título de riesgo excepcional como lo declaró el *A quo*, pues encuentra probada la falla en el servicio en la que incurrió la demandada al omitir el cumplimiento de las obligaciones de planeación, prevención y protección que se le imponían al tener certeza sobre la inminencia del ataque subversivo, pues no se encontraba debidamente preparada para enfrentar el hostigamiento, además de que el apoyo que recibió no fue suficiente para evitar el detrimento patrimonial y la afrenta a la tranquilidad alegado por las demandantes. Y como se endilga responsabilidad por falla en el servicio imputable a la demanda, resulta inocuo abordar lo relativo al hecho de un tercero alegado por ésta (...) Probada la incursión guerrillera y la disminución patrimonial sufrida (...), esta Subsección estima que “sin lugar a dudas padecieron un daño moral, pues resulta indiscutible la afectación, la angustia, el temor y el pánico, que para cualquier persona acarrea el hecho de vivenciar y experimentar una situación como la que debieron soportar los moradores del inmueble”. En consecuencia, con base en la zozobra y angustia que implica sufrir un ataque terrorista en un país que ha soportado más de cuatro décadas de conflicto armado, se reconocerá (...) indemnización por daño moral”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de abril de 2018, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 73001-23-31-000-2000-03738-01\(33950\).](#)

Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO POR ATAQUE GUERRILLERO / FALLA DEL SERVICIO - Prueba

Tesis: “[C]omo las pruebas no dan cuenta de una actuación desproporcionada de la fuerza pública ni una falta de planeación en la operación de respuesta a la agresión de grupo armado ilegal, no debió prosperar la demanda. Reitero que el único título aplicable –en mi criterio- en los casos de enfrentamiento entre la fuerza pública y grupos ilegales es el de falla del servicio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 9 de abril de 2018, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, radicación: 73001-23-31-000-2000-03738-01(33950), S.V. Consejero Guillermo Sánchez Luque.

36. Se condenó al Ministerio de Justicia y a la Red de Solidaridad Social por el incumplimiento de la política pública de atención a la población desplazada lo que ocasionó la muerte de 5 niños ante la omisión de aplicar una medida de estabilización socio económica.

Síntesis del caso: “[Un ciudadano] fue desplazado del departamento del Guaviare en el mes de diciembre de 1997, hecho que motivó su inclusión en el Registro Único de Población Desplazada y la entrega, por parte del Ministerio del Interior y la Red de Solidaridad Social, de asistencia humanitaria de emergencia y de apoyo financiero para la realización de un proyecto productivo. A pesar de lo anterior, el actor retornó a su lugar de origen sin que estuvieran dadas las condiciones de seguridad, por lo que en el mes de septiembre de 1999 fue forzado a desplazarse nuevamente a la ciudad de Bogotá, donde tuvo que esperar un año antes de recibir asistencia humanitaria de emergencia. En el entretanto, el señor (...) se asentó, junto con quien era en ese entonces su compañera permanente y sus cinco hijos, en una precaria vivienda, ubicada en el barrio Bosa de esta ciudad. Allí permaneció hasta el 8 de marzo de 2000, cuando en el interior de aquella se desató un incendio que acabó con la vida de los cinco niños”.

DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / DAÑO DERIVADO DE OMISIONES ADMINISTRATIVAS / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DESPLAZAMIENTO DE LA POBLACIÓN CIVIL / EXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO DE ASISTENCIA HUMANITARIA / POLÍTICA PÚBLICA DE ATENCIÓN A LA POBLACIÓN DESPLAZADA / OMISIÓN DE APLICACIÓN DE MEDIDA DE ESTABILIZACIÓN SOCIO-ECONÓMICA / AYUDA HUMANITARIA DE EMERGENCIA / DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA / DERECHO A ESCOGER EL LUGAR DE DOMICILIO / DERECHO A CIRCULAR LIBREMENTE EN EL TERRITORIO NACIONAL

Problema jurídico: “¿[L] antigua Red de Solidaridad Social es extracontractualmente responsable de los distintos daños alegados en la demanda, los cuales consisten, por una parte, en la muerte de los niños (...) y, por la otra, en el desplazamiento forzado del demandante, junto con la vulneración de derechos fundamentales que este comporta, como consecuencia del presunto incumplimiento de sus obligaciones en punto al suministro de ayuda humanitaria de emergencia?”

Tesis: “[E]l actor (...) fue desplazado del departamento del Guaviare en el mes de diciembre de 1997 y que si bien recibió del gobierno nacional ayuda humanitaria de emergencia y apoyo financiero para la realización de un proyecto productivo, tuvo que retornar a su lugar de origen porque en Bogotá no encontró alternativas de generación de ingresos sostenibles y viables para procurarse su autosostenimiento (...) el señor (...) sufrió una vulneración de sus derechos a escoger su lugar de domicilio y a circular libremente por el territorio nacional debido a que en el mes de diciembre de 1997 no solo tuvo que desplazarse forzosamente de su finca, ubicada en El Encanto (Guaviare),

sino que cuando decidió volver ahí no pudo quedarse por amenazas de grupos armados ilegales (...) A juicio de la Sala esta vulneración es imputable a la administración, pero no porque alguna autoridad haya provocado el desplazamiento, sino porque cuando el demandante y su familia se asentaron la primera vez en Bogotá, se encontraron –según se lee en su declaración, la cual se presume veraz en aplicación del principio constitucional de buena fe – con las deficiencias ya anotadas del componente de estabilización socio-económica de la política pública de atención a la población desplazada, que los forzó a retornar al Guaviare sin tomar en consideración las condiciones de seguridad. (...) es claro que el señor (...) también sufrió una violación de su derecho fundamental a una vivienda adecuada que es igualmente imputable a la administración (...) el no contar con asistencia humanitaria de emergencia fue lo que lo forzó a asentarse en una vivienda que por su tamaño y los materiales con los que estaba hecha, no ofrecía un espacio adecuado y seguro para sus habitantes (...) se revocará la sentencia apelada para efectos de declarar la responsabilidad de la administración por la vulneración de los derechos fundamentales del señor (...) a una vivienda digna, a escoger su lugar de domicilio y a circular libremente por el territorio nacional”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 20 de marzo de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicación: 25000-23-26-000-2002-00455-01\(31539\)B.](#)

37. Se negó la excepción de falta de jurisdicción en un proceso de reparación directa por inexistencia de requisito de procedibilidad, en un caso donde se pactó cláusula de arreglo directo previo.

Síntesis del caso: *El 9 de enero de 2015, el Distrito Capital y la Policía Nacional celebraron el convenio interadministrativo de cooperación 2015-0008. Luego, el 9 de diciembre de 2015, el Distrito Capital a través de la Secretaría de Movilidad interpuso demanda de reparación directa contra el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los perjuicios sufridos con ocasión de la prestación del servicio de grúas y patios, esto, al considerar que el ingreso a sus patios de vehículos inmovilizados por la Policía Nacional le ha generado daños. En audiencia inicial, la demandada invocó como excepción previa la falta de jurisdicción por existencia de un acuerdo de arreglo directo previo a la jurisdicción administrativa.*

NIEGA EXCEPCIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN POR SUSCRIPCIÓN DE CLÁUSULA DE ARREGLO DIRECTO PREVIO / CLÁUSULA DE ARREGLO DIRECTO PREVIO - No constituye presupuestos de procedibilidad

Problema jurídico: *“¿El pacto de cláusula arreglo previo se constituye en requisito de procedibilidad y puede invocarse como excepción previa de falta de jurisdicción?”*

Tesis: “Los trámites previos pactados por las partes para intentar resolver sus eventuales diferencias no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la administración de justicia (art. 229 C.N. y art. 2 de la Ley 270 de 1996 LEAJ), porque según expresa disposición del Código General del Proceso, norma de orden público, no son de obligatoria observancia (art. 13 del CGP). Además, ello supondría privar -o al menos- limitar a las personas de un derecho fundamental, que en tanto fundamento y límite del poder público exige para su configuración y regulación la intervención de la ley (reserva de ley). En tal virtud, la cláusula donde las partes acordaron intentar primero un arreglo directo como requisito previo para acudir a esta jurisdicción no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal y no configura la excepción previa de falta de jurisdicción y, por ello, se confirmará la decisión de primera instancia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 21 de febrero de 2018, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 25000-23-36-000-2015-02844-01\(58918\).](#)

38. Se condenó a la Nación a reparar integralmente a una menor de edad y su familia por el secuestro extorsivo del cual fue objeto en su propia casa de habitación en el municipio de Calarcá, por un frente de las FARC EP.

Síntesis del caso: *Pasada la media noche del 28 de noviembre de 2001, un ciudadano y su familia, se encontraban en su casa de habitación en el Municipio de Calarcá, cuando fueron retenidos dentro de la misma y en contra su voluntad por integrantes del Frente 51 del grupo armado al margen de la ley FARC EP; entre las personas objeto de la retención se encontraba una menor de edad. Los familiares de los secuestrados efectuaron negociaciones con el grupo armado ilegal y pagaron el monto pedido para el rescate, esto es, tres mil millones de pesos colombianos (\$3.000.000.000); con ocasión de ello, la familia secuestrada fue dejada en libertad.*

GRAVES AFECTACIONES Y VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO - Caso: Toma de rehenes y secuestro extorsivo de una menor de edad y su familia en el Municipio de Calarcá / DAÑOS CAUSADOS A POBLACIÓN CIVIL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO - Toma de rehenes / DEBER DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PERSONAL FRENTE A HECHOS DE UN TERCERO - Incumplimiento / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD E INTEGRIDAD PERSONAL - Toma de rehenes / REGLAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICADAS A CONFLICTO ARMADO - Humanización de las hostilidades, la restricción de las armas, métodos y acciones

Problema jurídico 1: *“Determinar, ¿si con fundamento en los hechos relativos al secuestro de los que fueron víctimas (...), por cuenta de integrantes del grupo armado insurgente FARC, se estructuran los elementos de la responsabilidad del Estado y, en consecuencia, surge el deber de reparar a cargo de este?”*

Tesis 1: “[E]l daño padecido por las víctimas es atribuible al Estado por violación a los deberes de garantía en relación con los derechos de libertad e integridad personal y a no ser objeto de acciones violatorias al estatus de persona protegida a la luz del Derecho Internacional Humanitario. (...) En efecto, el mínimo requerimiento de diligencia exigible a la autoridad pública, conforme al mandato de garantía en el contexto de la situación particular y concreta, demandaba que ésta desplegara una actuación incardinada a i) verificar la verosimilitud de la información de inteligencia obtenida, ii) valorar el riesgo que, conforme a esa pesquisa, se comprobara respecto de la vida e integridad personal (...) [del señor] (...) y su familia, iii) informar o poner al corriente de esa situación a la víctima de tales amenazas y iv) adoptar, conforme a la necesidad advertida y el consentimiento de los amenazados, las medidas razonables de protección acordes a la entidad de la situación amenazante corroborada. (...) Para la época de los hechos era conocida la grave situación de derechos humanos ante la amenaza generalizada de violencia contra la población civil, fuerza pública y líderes políticos por cuenta del accionar delincuencia del grupo armado insurgente Farc. (...) En suma, la autoridad no concurrió, ante la realidad de las víctimas, a disponer actuaciones fácticas positivas para proteger la situación jurídica particular identificada. (...) Así, el juicio de imputación de responsabilidad se encuentra determinado por la extensión de las medidas razonablemente exigibles al Estado en razón a los deberes de garantía, prevención y protección en las relaciones de interacción que desarrollan los particulares entre sí. [E]l Estado violó, en detrimento de (...) [el señor (...) y su familia], los derechos a la vida, integridad y libertad personal y, en particular, respecto de (...) [la

menor de edad], la violación al derecho a una protección especial y al interés superior del niño, daños antijurídicos que resultan imputables al Estado por no haberse correspondido con sus obligaciones de garantía, en las modalidades de prevención y protección toda vez que la inactividad de la autoridad pública expuso a las víctimas a padecer el secuestro que, en el marco del conflicto armado, se traduce en una violación de las garantías fundamentales de los civiles en el Derecho Internacional Humanitario, perpetrada por el grupo armado insurgente FARC, en los términos establecidos en esta decisión judicial; incumplimiento de deberes normativos, de fuente convencional y constitucional, que abren paso a la responsabilidad del Estado, Nación - Ministerio de Defensa - Ejército y Policía Nacional, por haber ocurrido una falla del servicio”.

ACEPTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LAS FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA FARC EP - Efecto jurídico del Acuerdo Final para la Paz / ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA / FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA FARC EP - Sujetos pasibles de imputación de responsabilidad / JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ, JEP - Prohibición de transgresión de competencias

Problema jurídico 2: *¿Es procedente establecer la responsabilidad del grupo de las FARC frente a acciones intencionales durante el conflicto armado como garantía de reparación de las víctimas, bajo los presupuestos del Acuerdo Final para la Paz?*

Tesis 2: “[C]abe hacer operativa la exigibilidad del deber de reparar a las víctimas a cargo de las FARC. (...) Y tal punto es trascendental, no solo por las ya averiguadas finalidades que pretende el Acuerdo Final, sino también por la suerte de convalidación, por parte del Estado, respecto de los actos de las FARC, al acordar, vía negociación, la transformación de esa organización de una agrupación insurgente a una organización política ubicada en el marco de la legalidad. (...) No significa tal cosa, naturalmente, que con ese acto el Estado asuma la responsabilidad que le puede caber a esa organización por la comisión de sus actos, pero sí que ello le involucra jurídicamente en lo que atañe a asegurar a las víctimas, en el marco de ese régimen jurídico de transición, instrumentos legales conducentes a exigir de las FARC su responsabilidad y la consiguiente reparación de los daños causados por estos, considerada como organización. (...) [Dada] la naturaleza de las obligaciones estatales de prevención, protección y garantía de las víctimas de graves violaciones, visto el efecto jurídico del Acuerdo Final, el reconocimiento genérico de responsabilidad que en él han realizado los actores del conflicto armado y considerando la realidad probatoria del caso, es criterio de esta judicatura que en casos como el sub judice el pronunciamiento que haga el Juez sobre la responsabilidad del Estado debe comprender, al tiempo, la que le corresponda al Grupo Armado Insurgente FARC por la comisión de violaciones graves a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. (...) Dicho de otro modo, el Acuerdo Final reconoció a las FARC como un colectivo u organización que trascendiendo a la individualidad de sus integrantes, con intereses intersubjetivos compartidos por esa agrupación, respondía a una organización jerárquicamente dispuesta, con cierta permanencia en el tiempo y un considerable tamaño en cuanto hace el número de sus integrantes y presencia territorial. (...) [L]as FARC, como organización, es sujeto pasible de imputación de responsabilidad, no solo en términos individuales -cuestión de la que se ocupará la Jurisdicción Especial para la Paz como componente de justicia del SIVJRN- creado en el Acuerdo-, sino también como sujeto colectivo que, por la vía de acciones intencionales en el conflicto armado interno, actuó como un aparato organizado de poder irregular”.

DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS BAJO EL ACUERDO FINAL PARA LA PAZ - Deber de protección en cabeza del Estado / APLICACIÓN DE NORMAS CONVENCIONALES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO - Prohibición de impunidad frente a los grupos

armados al margen de la ley / REPARACIÓN INTEGRAL DE LAS VÍCTIMAS - Derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR HECHO DE UN TERCERO - Evento / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA DE EXHORTO - Medida de implementación de instrumentos procesales y sustantivos para que las víctimas puedan solicitar la declaratoria de responsabilidad de las FARC como organización

Problema jurídico 3: *¿Cuál es alcance del Acuerdo Final para la Paz frente a los derechos de las víctimas en procesos de responsabilidad por graves afectaciones o violaciones a los DDHH e infracciones al DIH?*

Tesis 3: “[E]n el Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, celebrado el 24 de noviembre de 2016 entre el Gobierno Nacional de la República de Colombia y el Grupo Armado Insurgente FARC, las partes reconocieron, en el punto relativo a las víctimas, su responsabilidad respecto de las víctimas del conflicto, como uno de los principios nucleares de ese componente (...) Es deber de la autoridad judicial, en el ámbito de su competencia, combatir la impunidad en casos de graves violaciones a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. (...) En virtud de tal deber corresponde al Juez identificar el círculo de responsables de las graves violaciones de las que conoce, tratarlas como tal y reparar integralmente a las víctimas, considerándolos como sujetos de protección jurídica especial. (...) A este respecto, los derechos de las víctimas vienen a erigirse en el contrapunto a la lucha contra la impunidad, toda vez que a mayor protección, garantía y reconocimiento de aquellos, los espacios de impunidad se anulan. En ese orden, se sabe que los estándares convencionales de los derechos de las víctimas comprenden un extenso cúmulo de posiciones jurídicas comúnmente aglutinadas bajo los derechos de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición (...) [Así, por ejemplo, el] derecho de justicia o de acceder a un recurso judicial efectivo, de naturaleza administrativa o judicial, [deberá contar] (...) con condiciones idóneas que garanticen la defensa de los intereses de la víctima, así como el deber estatal de investigar, juzgar y sancionar adecuadamente a los responsables de las graves violaciones, bajo las reglas del debido proceso. [De tal suerte que, la] responsabilidad que se atribuye al Estado obedece a una omisión o inactividad que condujo a que un actor particular perpetrara esa grave violación o bien por existir connivencia, aquiescencia y colaboración en los actos perpetrados por esos particulares en perjuicio de los derechos de la población civil y, en razón a ello, ha exhortado a las autoridades penales y/o disciplinarias para que den apertura, reabran o prioricen las investigaciones sobre tales circunstancias. [Por lo anterior, la Sala adoptará la medida de reparación no pecuniaria consistente en exhorto]”.

VIOLACIÓN AL DERECHO DE LIBERTAD E INTEGRIDAD PERSONAL E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO POR TOMA DE REHENES / AFECTACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL - Implementación de parámetros de legalidad previa, razonabilidad y proporcionalidad / TOMA DE REHENES - Presupuestos

Problema jurídico: *¿Cuáles son los presupuestos convencionales y legales para la configuración de graves afectaciones y violación a DDHH e infracciones al DIH por toma de rehenes con fines extorsivos?*

Tesis: “El derecho a la libertad personal se encuentra tutelado con arreglo al artículo 28 constitucional, 7.1-7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (...) Ahora, en punto a la libertad personal, del sistema jurídico convencional y constitucional surgen diversas posiciones jurídicas de protección de la persona respecto a este derecho, como que no solo se ocupa de someter el ejercicio del poder punitivo del Estado a parámetros de legalidad

previa, razonabilidad y proporcionalidad, sino también extiende su ámbito normativo de protección a cuestiones tales como la observancia de las debidas garantías que hacen obligada presencia en casos de privación de la libertad en el marco de las causas penales, la proscripción de actos de desaparición forzada de personas, prohibición de detenciones colectivas o actos de abuso de poder en desmedro de la libertad personal, entre otros tópicos. En este caso resulta aplicable el Derecho Internacional Humanitario habida consideración de la existencia de un conflicto armado no internacional, en los términos del artículo 1° del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, siendo el conflicto armado una situación de facto, que no depende de la voluntad de quienes en él intervienen y que se constituye en razón a configurarse determinado umbral de violencia en territorio de un Estado con cierta intensidad y permanencia en el tiempo con intervención de actores violentos regularmente organizados. (...) Entre esos principios de protección humanitaria de la población civil se cuenta la proscripción de toma de rehenes, como lo enseña el artículo 3° Común a los Cuatro Convenios de Ginebra, los artículos 34 y 147 del Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. (...) En el marco planteado por los actores, se advierte la configuración de un acto de toma de rehenes por cuanto (i) el grupo armado insurgente FARC, actor del conflicto armado interno, capturó y mantuvo retenidos contra su voluntad a los civiles (...) [una familia] y (ii) el grupo armado insurgente amenazó con mantener a las personas secuestradas hasta tanto se satisficieran las exigencias económicas que fueron planteadas a los familiares de los civiles retenidos, esto es, el pago de la suma de dinero fue condición para la puesta en libertad”.

VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS - Sujetos de especial protección / INFRACCIONES A LAS GARANTÍAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, DIH DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES BAJO EL CONFLICTO ARMADO INTERNO IMPACTO / TRASGRESOR DIFERENCIADO - Violación de los derechos de menor víctima de secuestro extorsivo

Problema jurídico 4: *¿Cuál es alcance de la protección especial y diferenciada de las víctimas menores de edad en procesos de responsabilidad por graves afectaciones o violaciones a los DDHH e infracciones al DIH?*

Tesis 4: “Destaca la Sala el impacto diferenciado que tiene el daño antijurídico en los derechos de la niña (...) de quien (...) se dijo que para el momento de los hechos tenía una edad próxima a los 12 años y siete meses de vida. (...) En atención a la protección especial y diferenciada de la que son titulares los niños y niñas y al interés superior del niño, que tiene su fundamento jurídico en el artículo 2° de la Declaración de los Derechos del Niño y artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, se tiene averiguada la especial gravedad que reviste los casos en los que los niños son víctimas de violaciones a sus derechos humanos, máxime cuando se trata de violaciones que provienen del derecho internacional humanitario, punto en el que resulta relevante destacar que el artículo 37 de la Convención prescribe que “ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente” y el artículo 38 del mismo instrumento impone el deber estatal de respetar y hacer respetar las normas del derecho internacional humanitario pertinentes para el niño. (...) De ahí, entonces, que esta Sala concluya el impacto trasgresor diferenciado de la violación a los derechos de la (...) [menor], por cuenta de la acción perpetrada por las FARC”.

NOTA DE RELATORÍA: Además, de los temas enunciados, en este fallo se estudiaron los siguientes: i) La reparación integral a las víctimas como elemento de la estructuración de la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado; ii) el reconocimiento y tasación de perjuicios morales por secuestro. Así mismo, se decretaron como (iii) medidas de reparación no pecuniarias en favor de los demandantes, tales como: Publicación y difusión de la sentencia, remisión del fallo al Centro de Memoria Histórica, acto público de reconocimiento de responsabilidad y disculpas públicas, remisión a la Fiscalía General de la Nación para la revisión de los hechos de violaciones de DDHH e infracciones al DIH, remisión a la Sala de Definiciones de Situaciones Jurídicas de la Jurisdicción Especial para la Paz para lo de su competencia, la inclusión de las víctimas en el programa de atención dispuesto en la Ley 1448 de 2011,

exhorto al Defensor del Pueblo para la realización y remisión de informes sobre violación de DDHH, y, finalmente, el exhorto al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que dispongan la implementación de instrumentos procesales y sustantivos para que las víctimas puedan acceder a la declaratoria de responsabilidad de las FARC como organización y se garantice, consecuentemente, el derecho a la reparación integral.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 7 de mayo de 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación: 63001-23-31-000-2003-00463-01\(33948\)A.](#)

* Con aclaración de voto de los consejeros Guillermo Sánchez Luque y Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

INNECESARIO DECRETO DE MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA DE EXHORTO / GRAVES AFECTACIONES Y VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS E INFRACCIONES AL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO - Caso: Toma de rehenes y secuestro extorsivo de una menor de edad y su familia en el Municipio de Calarcá / DAÑOS CAUSADOS A POBLACIÓN CIVIL EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO - Toma de rehenes / DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS BAJO EL ACUERDO FINAL PARA LA PAZ - Deber de protección en cabeza del Estado

Problema jurídico 1: *¿Es procedente el decreto de exhorto como parte de la reparación integral a víctimas en el marco de procesos de responsabilidad del Estado por hechos de un tercero?*

Tesis 1: “Aunque entiendo que este exhorto no constituye un mandato judicial vinculante, a mi juicio, un pronunciamiento de esa naturaleza no solo escapa al marco de la competencia del juez de la Administración sino también es innecesario, pues los Actos Legislativos 1 y 2 de 2017 contienen el mandato constitucional de establecer esos mecanismos. (...) De conformidad con el artículo 90 de la C.N., el ámbito de competencia del juez de la Administración se contrae al estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado y no a hacer juicios de valor ni reproches sobre la conducta de terceros, salvo -claro está- desde la perspectiva estrictamente jurídica para evaluar si se configuró una causal eximente de responsabilidad”.

PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE POR PAGO PARA LA LIBERACIÓN DE SECUESTRADOS - No procede su reconocimiento

Problema jurídico 2: *¿Es procedente ordenar al Estado el reconocimiento y pago en favor de las víctimas de secuestro extorsivo, en la modalidad de daño emergente, el valor o suma cancelada al grupo armado para la obtención de su liberación?*

Tesis 2: “Los demandantes solicitaron el reconocimiento de la suma que tuvieron que pagar al grupo ilegal FARC para finalizar el secuestro y recuperar la libertad como perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente. La mayoría desestimó esa pretensión, pues no se probó el monto de lo pagado por la liberación, ni el origen de esos dineros. (...) a mi juicio, aunque se hubiera probado el perjuicio material, en la modalidad de daño emergente, por lo pagado para la liberación de los secuestrados, ordenar al Estado la indemnización de este perjuicio plantea serios interrogantes (...) [entre ellos,] ¿El Estado se hace responsable por el pago o por la liberación del secuestrado (art. 2 CN)? Me temo

que solo lo sería por la liberación y, en todo caso, esta sería una obligación de medios y no de resultado”.

NOTA DE RELATORÍA: El consejero aclaró voto en otros temas: i) en lo referente al decreto de medidas de reparación no pecuniarias a título de reparación por afectación o vulneración relevante de bienes y derechos convencionalmente amparados, sobre el particular ver lo consignado en voto disidente numeral 9 del salvamento de voto 48842; ii) En relación con la irrazonabilidad como característica del daño antijurídico, la “constitucionalización” del derecho de daños, la aplicación subsidiaria del principio de distinción del Derecho Internacional Humanitario, [y] la materialización de la afectación a un bien jurídico protegido como presupuesto para la configuración de un daño antijurídico, la “posición de garante” ver lo expuesto en votos disidentes tales como: numerales 2 y 3 del exp. 35796, exp. 33391, numeral 1 del exp. 53704, el numeral 1 del exp. 36305/16 y el numeral 2 del salvamento de voto dentro del exp. 33394.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 7 de mayo de 2018, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación 63001-23-31-000-2003-00463-01\(33948\)A, A.V. Consejero Guillermo Sánchez Luque.](#)

39. Se declara a la Promotora Médica Las Américas, entidad de derecho privado, culpable por los perjuicios causados con ocasión de la pérdida de oportunidad de paciente diabética afiliada al régimen subsidiado de salud, que falleció.

Síntesis del caso: *El 31 de marzo de 2004, paciente diabética, acudió a los servicios médicos de la E.S.E Metrosalud UPS de donde fue trasladada a la Clínica Las Américas, entidad que se negó a recibirla.*

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO POR APLICACIÓN DEL FUERO DE ATRACCIÓN PARA JUZGAR A LOS PARTICULARES / FACTOR DE CONEXIÓN PARA APLICACIÓN DEL FUERO DE ATRACCIÓN / REGULACIÓN LEGAL DEL RÉGIMEN DE REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA DE PACIENTES / OBLIGACIONES DE ENTIDADES PÚBLICAS O PRIVADAS DEL SECTOR SALUD QUE HAYAN PRESTADO ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS / PROCEDIMIENTO PARA REMISIÓN DE PACIENTES DEL RÉGIMEN VINCULADO O SUBSIDIADO / DAÑOS DERIVADOS DE LA ACTIVIDAD MÉDICA / FALLA DEL SERVICIO MÉDICO ASISTENCIAL DE ENTIDADES PÚBLICAS PRESTADORAS DE SALUD / CONDUCTA CULPOSA DE ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD SOMETIDA AL RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / DAÑOS POR NEGACIÓN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD DE DERECHO PRIVADO

Problema jurídico: *¿Debe establecerse si la imputación jurídica de responsabilidad extracontractual por falla del servicio médico asistencial, corresponde a entidad pública demandada, quien inicialmente atendió a paciente, o si por el contrario recae sobre la entidad prestadora de salud, sometida a régimen de derecho privado?*

Tesis: “Se concluye que esta jurisdicción tiene competencia para vincular y juzgar a los particulares o personas de derecho privado en virtud del fuero de atracción, aun cuando al momento de realizar el análisis probatorio del proceso se establezca que la entidad pública, también demandada, no es responsable de los hechos y daños que se le atribuyen en el libelo. (...) no quedó acreditado, a través de un medio probatorio conducente, que la Promotora Médica Las Américas S.A. hubiera cumplido con sus obligaciones legales. Si bien la atención inicial y la responsabilidad de la paciente estaban en cabeza de la E.S.E. Metrosalud, también es cierto que el procedimiento

empleado por esta se ciñó a lo establecido en las normas relativas a la referencia y contrarreferencia del paciente. (...) la E.S.E. Metrosalud probó que se comunicó con el CRUE, no con la Clínica Las Américas o con uno de sus médicos para solicitar una consulta, sino directamente con la entidad encargada de la ubicación de la cama y los servicios requeridos por los pacientes, motivo por el cual recibió un código, así como el nombre del médico y la entidad que se encargaría de su atención, lo que motivó el traslado de la señora Rueda de Ramírez en una ambulancia (...) se acreditó que la conducta, en este caso omisiva, que propició que la señora María Rosalba Rueda de Ramírez perdiera la oportunidad de ser atendida en una institución de nivel superior, se le puede atribuir a la Promotora Médica Las Américas S.A., institución que tenía el deber legal de actuar y realizar acciones encaminadas a aceptar la remisión de una paciente y, por el contrario, optó por asumir una actitud omisiva relevante, incluso cuando legalmente, tenía la obligación de recibir a la paciente por urgencias. Las pruebas aportadas al proceso permiten evidenciar que la Promotora Médica Las Américas S.A. actuó de manera culposa al omitir la admisión de la señora María Bernarda Rueda de Ramírez, como le era jurídicamente exigible hacerlo, porque se cumplieron las exigencias establecidas en la norma de referencia y contrarreferencia de pacientes vigente para esa época y de conformidad con la obligación de prestación de una atención en salud de calidad que la Ley 100 de 1993 impuso a las organizaciones proveedoras de servicios médicos”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 01 de marzo de 2018, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 05001-23-31-000-2006-02696-01\(43269\).](#)

40. Inexistencia de la responsabilidad del Congreso de la República por la expedición de una norma que creó una tasa especial de carácter tributario que posteriormente fue declarada inexecutable.

Síntesis del caso: *El Congreso de la República en ejercicio de su función legislativa, expidió una ley que dispuso la creación de una tasa especial como contraprestación por el costo de los servicios aduaneros prestados por la DIAN, la sociedad demandante realizó los respectivos pagos, hasta que la Corte Constitucional en sentencia C - 992 de 2001 declaró la inexecutable de la norma. La Subsección A condenó en abstracto, providencia que fue objeto de revisión a través de acción de tutela, en la cual se ordenó emitir sentencia de reemplazo al encontrar vulnerados derechos fundamentales de la parte demandante.*

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL HECHO DEL LEGISLADOR / DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA / DAÑO DERIVADO DE LA EXPEDICIÓN DE LEYES / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DEL DAÑO / DAÑO ANTIJURÍDICO – No se acreditó / OMISIÓN DE PROBAR EL DAÑO CAUSADO / INCUMPLIMIENTO DE LA CARGA PROBATORIA

Problema jurídico 1: *“¿Es deber de la parte demandante probar los supuestos de hecho sobre los cuales fundamenta la pretensión de reparación para acreditar el daño antijurídico so pena de tornar inocuo el estudio de la imputación del mismo?”.*

Tesis 1: [S]i bien están demostrados los pagos que Dupont de Colombia realizó por concepto de la TESA entre enero y octubre de 2001, ello no constituye el daño antijurídico alegado, toda vez que dicho carácter no depende de esos pagos en sí mismos, ni de la declaración de inexecutable dispuesta por la Corte Constitucional respecto de los artículos 56 y 57 de la Ley 633 de 2000. Lo anterior, en virtud de que no se probó en el proceso que la sociedad demandante hubiera reclamado la devolución de las sumas que hoy considera pagadas sin fundamento jurídico, frente a lo cual debe

destacarse que, como se ha dicho de forma reiterada por esta Sala, para ello existe un procedimiento establecido en la ley, cuando el contribuyente considere que ha realizado un pago de lo no debido. (...) la demandante debió tramitar ante la autoridad correspondiente la devolución del pago de lo no debido, exponiendo las razones que fundamentaban su solicitud, comoquiera que se trata del mecanismo establecido en nuestro ordenamiento jurídico para tal fin. (...) si la demandante hubiera reclamado la devolución de lo que pagó por concepto de la TESA y la autoridad correspondiente le hubiera negado su solicitud, dicha circunstancia hubiera configurado la certeza de la consolidación del daño alegado y la hubiera habilitado para estimar como no debidos los pagos realizados por tal concepto. (...) como el daño es la causa de la reparación y constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad y en este caso –se reitera– no se probó, su ausencia torna innecesario el estudio de la imputación frente a la entidad demandada”.

SENTENCIA DE REEMPLAZO - Por orden sentencia de tutela / SENTENCIA DE TUTELA - Alcance respecto de providencias judiciales / USURPACIÓN DE COMPETENCIAS DEL JUEZ NATURAL DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR PARTE DEL JUEZ DE TUTELA

Problema jurídico 2: “¿Las consideraciones expresadas por el juez constitucional que pretenden determinar el sentido de la decisión de fondo que habrá de adoptarse en cumplimiento de la sentencia de tutela usurpan abiertamente las competencias que le corresponden a la Sección Tercera como juez natural de la responsabilidad estatal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo?”

Tesis 2: “[S]o pretexto de amparar el derecho fundamental al debido proceso del Congreso de la República en el juicio de responsabilidad, el juez constitucional predeterminó la decisión que habrá de adoptarse en el presente caso, al asegurar que “no se encuentra acreditado el daño antijurídico” que es el primer elemento estructural de la responsabilidad patrimonial y que por ende resultaba imposible imputarlo a la demandada. (...) en esa sentencia de tutela, la Sección Quinta del Consejo de Estado afirmó la inexistencia del daño alegado en la acción de reparación directa, como base de una supuesta vulneración de derechos fundamentales, apreciación que, sin lugar a dudas, es del resorte exclusivo del juez natural de la responsabilidad estatal, de manera que dicha valoración menoscaba abiertamente los principios de autonomía e independencia judicial que le son consustanciales a esta Sala, en el marco de su función de administrar justicia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado. En este orden de ideas, resulta imperioso dejar sentado que las consideraciones expresadas por el juez constitucional en el presente asunto no deberían determinar el sentido de la decisión de fondo que habrá de adoptarse en cumplimiento de la sentencia de tutela, toda vez que, se reitera, con tales valoraciones se han usurpado abiertamente las competencias que le corresponden a la Sección Tercera como juez natural de la responsabilidad estatal en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que no obsta para que la Subsección, en ejercicio de su autonomía e independencia, valore el caso concreto, sin perjuicio de que se compartan o no los criterios que sobre la responsabilidad aquí debatida fueron materia de pronunciamiento en sede de tutela”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 26 de abril de 2018, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación: 25000-23-26-000-2003-02127-01\(30212\)R.](#)

XI. SECCIÓN CUARTA

41. En la imposición de sanciones en materia administrativa procede aplicar la normativa más favorable, aunque sea posterior a los hechos que generaron la infracción.

Síntesis del caso: *En aplicación del principio de favorabilidad en materia administrativa sancionatoria, se anulan los actos administrativos por los cuales la Superintendencia de Valores (hoy Financiera), sancionó a un operador del mercado de valores por la realización de operaciones pre acordadas que afectaron la libre formación de precios y la libre concurrencia en dicho mercado, conducta tipificada como sancionable por la Resolución 1200 de 1995, expedida por la misma superintendencia, pero que a la luz del Decreto 1802 de 2007, no se considera ilegal, siempre que la operación pre acordada se lleve a un módulo de negociación en el que los demás participantes puedan interferir haciendo posturas.*

ALCANCE DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD / APLICACIÓN PREFERENTE DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA

Problema jurídico: *¿La demandante debía ser sancionada al tenor numeral 1 del artículo 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995, vigente al momento de ocurrencia de los hechos o, en virtud del principio de favorabilidad, aplicar el Decreto 1802 de 2007, que determinó un nuevo régimen sobre las denominadas operaciones pre acordadas y no tipificó la infracción por la que se le sancionó?*

Tesis: “[L]a Sala ha dicho que el principio de favorabilidad, por mandato constitucional, se aplica a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, como expresión de una mínima garantía del debido proceso a que tiene derecho cualquier persona. En las referidas sentencias se aludió a lo precisado en torno a la materia por la Corte Constitucional, en cuanto a que «las contravenciones administrativas cometidas en vigencia de la normativa anterior, pueden ser sancionadas conforme a normas posteriores, siempre y cuando sean más favorables (...) **En el caso**, el principio de favorabilidad se concreta en la aplicación de la norma posterior, que le resulta más favorable a la sociedad actora. En efecto, según la normatividad aplicada por la Superintendencia, vigente en el momento de los hechos objeto de reproche (num. 1 del art. 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995), la realización de operaciones pre acordadas constituía conducta contraria a los sanos usos y prácticas del mercado de valores. Sin embargo, con posterioridad fue expedido el Decreto 1802 de 23 de mayo de 2007, conforme con el cual, no se considera que se obstaculiza la libre concurrencia al mercado cuando las partes han acordado previamente los elementos esenciales de una operación sobre valores y la misma se lleva a un módulo de negociación, en el que los demás participantes pueden interferir haciendo posturas. En este orden de ideas, es claro que la norma posterior contenida en el artículo 1 del Decreto 1802 de 2007, en el marco de la libre concurrencia y participación en el mercado, no considera que se obstaculicen tales presupuestos, ni que por ende sea sancionable la celebración de acuerdos previos a las operaciones de valores, que sean expuestas durante un tiempo mínimo en el cual los participantes puedan interferir haciendo posturas, como en efecto ocurrió en el caso respecto de las operaciones reprochadas, como lo afirmó la actora y no lo cuestionó la demandada. Lo anterior, por lo demás fue enfatizado con lo

prevenido en el Decreto 1121 de 2008, según el cual “no se considera que se afecte la libre concurrencia y la interferencia de otros, cuando los participantes en los sistemas de negociación de valores de renta fija, de forma previa a la celebración de una operación sobre valores, compartan información relativa a los elementos de la misma”. Con fundamento en lo aducido, la Sala, como expresión del **debido proceso** y en desarrollo del **principio de favorabilidad**, aplica al caso la norma posterior, más favorable, contenida en el artículo 1 del Decreto 1802 de 2007».

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 17 de mayo de 2018, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 25000-23-24-000-2010-00642-02 \(20718\).](#)

42. Las pérdidas fiscales del impuesto sobre la renta para la equidad CREE de los años 2013 y 2014 son susceptibles de ser compensadas con las rentas líquidas ordinarias del ejercicio fiscal del 2015.

Síntesis del caso: *Se anulan las expresiones “para hacer efectiva su compensación a partir del año gravable 2016” y “por pérdidas y”, contenidas en el artículo 2 de la Resolución 000029 de 29 de marzo de 2016, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por ser contrarias a la sentencia C-291 de 2015, en la que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 22 de la Ley 1607 de 2012.*

COMPENSACIÓN DE PÉRDIDAS FISCALES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LA EQUIDAD CREE

Problema jurídico: *¿Las expresiones “para hacer efectiva su compensación a partir del año gravable 2016” y “por pérdidas y”, que hacen parte del artículo 2 de la Resolución DIAN 000029 de 29 de marzo de 2016, al igual que apartes del artículo 6 de la Resolución DIAN 000004 de 8 de 2016 y del formulario 140 “Declaración del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE)” vulneran el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, en los términos señalados en la sentencia C-291 de 2015 de la Corte Constitucional, al no permitir la compensación de pérdidas fiscales generadas en las declaraciones del CREE del año gravable 2015?*

Tesis: “[L]a Sala advierte que en efecto la DIAN desconoció lo determinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-291 de 2015, al no permitir compensar en la renta líquida ordinaria del CREE del año 2015, las pérdidas fiscales de éste tributo originadas en los años gravable 2013 y 2014, (...) La Sala observa que la Corte Constitucional en la providencia transcrita tuvo en cuenta la modificación introducida por el artículo 13 la Ley 1739 de 2014 al artículo 22 de la Ley 1607 de 2012. Señaló que a pesar de su modificación, éste último artículo se encontraba vigente para el año gravable 2014 y que podía producir efectos hasta el año 2019, inclusive. De igual forma, acorde con la Corte Constitucional, la omisión en que incurrió el legislador en el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012, referente a la no inclusión de la compensación de pérdidas fiscales en el impuesto CRRE con rentas líquidas que se obtengan en años posteriores, conllevó a que el tributo en mención tuviera rasgos confiscatorios, se afectara gravemente el principio de equidad tributaria y se generara un efecto regresivo en el sistema tributario. De allí a que la Corte Constitucional, en atención a los efectos que podía producir el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012 (aún después de haber sido modificado por la Ley 1739 de 2014), declarara su constitucionalidad condicionada, en el sentido de permitir la compensación de pérdidas fiscales en el impuesto CREE. (...) El Tribunal Constitucional expresamente señaló que no profirió un fallo con efectos diferidos, por cuanto el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012 tiene un límite de vigencia, el

cual se encuentra determinado por la Ley 1739 de 2014. Última norma en la cual el legislador permitió la compensación de pérdidas fiscales en el CREE, pero solo a partir del año gravable 2015, esto es, se viabilizó la compensación de las pérdidas fiscales del CREE generadas en el año 2015 con rentas líquidas ordinarias que se obtengan en el CREE en el ejercicio fiscal 2016. Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional adoptó un fallo integrador, en virtud del cual incluyó “*la compensación de pérdidas fiscales con rentas líquidas obtenidas en años posteriores como parte de la definición de la base gravable del CREE*”, en relación con todas las situaciones jurídicas no consolidadas, cobijadas por los efectos jurídicos del artículo 22 de la Ley 1607 de 2012 y hasta que ésta disposición normativa pueda producir consecuencias jurídicas. De esta manera, no es válido afirmar que sólo pueden compensarse pérdidas fiscales del CREE de los años gravables 2013 y 2014 a partir del año gravable 2016, como lo determinó la Administración Tributaria en el artículo 2º de la Resolución 000029 de 29 de marzo de 2016. En contraposición, es viable compensar pérdidas fiscales con rentas líquidas obtenidas en años posteriores, lo que implica que los contribuyentes del CREE cuentan con la posibilidad de compensar las pérdidas fiscales de los años gravables 2013 y 2014 con la renta ordinaria de la declaración del CREE del ejercicio fiscal de 2015. Contrario a lo señalado por la DIAN en la contestación de la demanda, no todas las situaciones jurídicas están consolidadas para efectos de compensar pérdidas líquidas del CREE de los años 2013 y 2014 con la renta ordinaria generada en el año 2015, dado que puede haber contribuyentes del CREE que hayan efectuado la compensación de pérdidas fiscales de los años 2013 y 2014 en la declaración del año gravable 2015 y estén debatiendo su procedencia bien sea en sede administrativa o en instancia judicial. Por ende, con fundamento en la sentencia C-291 de 2015, las pérdidas fiscales del CREE de los años 2013 y 2014 son susceptibles de ser compensadas con las rentas líquidas del año 2015 y, en este sentido, prospera el cargo y la Sala procederá a declarar la nulidad de las expresiones demandadas del artículo 2º de la Resolución 000029 de 29 de marzo de 2016 emitida por la DIAN. En lo referente a los apartes del artículo 6º de la Resolución DIAN No. 000004 de 2016 y de la casilla 38 del formulario 140 de la “*Declaración de impuesto sobre la renta para la equidad (CREE)*” que fueron modificados por el artículo 2º de la Resolución DIAN No 000029 del 29 de marzo de 2016, la Sala concluye que no se deben anular, por cuanto fueron subrogados por el artículo 2º de la Resolución DIAN No. 000029 de 29 de marzo de 2016, el cual mantiene vigencia, salvo las expresiones “*para hacer efectiva su compensación a partir del año gravable 2016*” y “*por pérdidas y*” las cuales se anulan, que era lo que imposibilitaba la compensación de pérdidas fiscales del CREE de los años 2013 y 2014 con la renta ordinaria generada en la declaración del CREE del año 2015”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de mayo de 2018, C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2016-00040-00 \(22572\).](#)

43. Para los años 2013 y 2014, la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE no incluía la renta líquida por recuperación de deducciones.

Síntesis del caso: *Se anuló el párrafo 1º del artículo 3 del Decreto 2701 de 2013, “Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1607 de 2012”, en cuanto violó el principio de reserva de ley al incluir la renta líquida por recuperación de deducciones en la base gravable del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, respecto de los años 2013 y 2014.*

BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LA EQUIDAD CREE / PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA / ILEGALIDAD DE LA INCLUSIÓN DE LA RENTA LÍQUIDA POR RECUPERACIÓN DE DEDUCCIONES EN LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA PARA LA EQUIDAD CREE POR LOS AÑOS GRAVABLES 2013 Y 2014

Problema jurídico: *¿El párrafo 1º del artículo 3º del Decreto Reglamentario 2701 de 2013 vulnera las normas en que debía fundarse, al disponer que dentro de la base gravable del CREE se debe incluir la renta líquida por recuperación de deducciones?*

Tesis: “[L]a Sala considera que se debe declarar la nulidad del acto demandado, por cuanto en los artículos 21 y 22 de la Ley 1607, antes de su modificación introducida por la Ley 1739 de 2014, no se incluyó la renta por recuperación de deducciones como un elemento integrante del CREE, como pasa a exponerse. (...) [E]l legislador determinó que el CREE lo componen los ingresos que incrementen el patrimonio del contribuyente, acorde con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 1607 de 2012. Ahora, si bien el artículo 21 de la Ley 1607 de 2012 prevé que el CREE está compuesto por ingresos susceptibles de incrementar el patrimonio, la base gravable del CREE no puede ser determinada bajo parámetros no establecidos por el legislador y que correspondan a otro tributo. Un aspecto son los componentes que hacen parte del ingreso y otro los elementos y la forma de calcular la base gravable de la obligación tributaria. El artículo 22 de la ley 1607 de 2012 estableció la base gravable del CREE, elemento esencial de todo tributo, cuya determinación es de competencia exclusiva y excluyente del legislador en virtud del principio de legalidad consagrado en el artículo 338 de la Constitución Política, enmarcado dentro del principio democrático y máxima tributaria “*no taxation without representation*”. (...) De lo establecido en la Ley 1607 de 2012 la Sala observa que para los años gravables 2013 y 2014 el artículo 195 del Estatuto Tributario no era aplicable al CREE, no sólo porque el legislador no lo incluyó dentro de la base del tributo, sino porque en efecto resultaba incompatible con el impuesto en mención. (...) [S]e tiene que la renta por recuperación de deducciones es una renta líquida especial, para cuya existencia se requiere de un hecho que propicie dicha recuperación, esto es, que en años anteriores se haya efectuado depreciaciones, deducciones, amortizaciones y pérdidas de las que trata el artículo 195 del E.T. En el caso de la renta por recuperación de deducciones no se trata de un ingreso bruto ordinario o extraordinario, sino de una recuperación que va directamente a la base gravable del tributo. Al ser el CREE un tributo nuevo, para el año gravable 2013 no había periodos anteriores en los que se hubiesen permitido una deducción recuperable en el año en mención. Dado que la renta líquida por recuperación de deducciones incide directamente en la base gravable del impuesto, la cual es un elemento esencial de todo de gravamen, para que pueda hacer parte del CREE debe ser expresamente incluida por el legislador, so pena de vulnerarse el principio de reserva de ley, en atención a que se cambia el tratamiento normal de un ingreso ordinario o extraordinario, a fin de considerarlo renta líquida. (...) En este orden de ideas la Sala encuentra que en el presente caso el Gobierno Nacional se extralimitó en el ejercicio de las facultades de reglamentación, dado que si bien de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política el Presidente de la República detenta la potestad de reglamentar la Ley, en virtud del principio de reserva de ley en el ámbito tributario establecido en el artículo 338 *ídem*, el Ejecutivo no tiene la facultad de modificar elementos esenciales del tributo, como lo es la base gravable (...)”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de mayo de 2018, C.P. Milton Chaves García, radicación: 11001-03-27-000-2014-00190-00 \(21555\).](#)

44. Para efectos de la determinación de los elementos configuradores del impuesto sobre la renta y complementarios se aplica la normativa vigente al momento de la causación del tributo.

Síntesis del caso: *Se confirmó la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2007 de un contribuyente, en el sentido de adicionar ingresos gravados por concepto del ajuste de las exportaciones de carbón del segundo semestre de ese año, al precio mínimo por tonelada fijado por el Ministerio de Minas y Energía en la Resolución 18-1499 de 8 de septiembre de 2008.*

DETERMINACIÓN DE LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS / CAUSACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS / NORMATIVA APLICABLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS

Problema jurídico: *¿Para efectos de la determinación de la base gravable del impuesto sobre la renta del año gravable 2007, la DIAN aplicó en forma retroactiva e indebida el Decreto reglamentario 1282 de 2008, que obliga a determinar el precio mínimo del carbón exportado, conforme lo establezca el Ministerio de Minas y Energía?*

Tesis: “[E]n el caso concreto, se tiene que a 31 de diciembre de 2007, momento de causación del impuesto sobre la renta por el año gravable 2007 para CZN, el Ministerio de Minas aún no había expedido el acto administrativo mediante el cual se fijaba el precio de venta de minerales para el segundo semestre de 2007; esto solo vino a ocurrir de manera definitiva el 8 de septiembre de 2008 mediante la expedición de la Resolución 18-1499 (...) por parte del Ministerio de Minas. En este sentido, al momento de causación del impuesto, CZN no tenía como adelantar la comparación correspondiente al precio de venta de carbón a vinculados del exterior durante el segundo semestre de 2007, teniendo en cuenta el precio fijado por el Ministerio de Minas y los ingresos registrados por las ventas efectivamente realizadas, para fijar los ingresos que harían parte de la determinación de la base gravable del impuesto de renta del año gravable 2007. En consecuencia, ante la inexistencia de la determinación del precio de venta de minerales para el segundo semestre de 2007 por parte del Ministerio de Minas a 31 de diciembre de 2007, no era dable exigirle a CZN que aplicara el parámetro fijado en un acto administrativo posterior al momento de causación del impuesto, pues se reitera que para efectos de determinar los elementos configuradores del impuesto resultaba aplicable la normativa vigente al momento de su causación, esto es, al 31 de diciembre del año 2007”. Por lo tanto, ante la inexistencia a 31 de diciembre de 2007 de la determinación del precio de venta de minerales para el segundo semestre de 2007 por parte del Ministerio de Minas, y ante la ausencia de cuestionamientos adicionales por parte de la DIAN sobre los ingresos reportados por CZN en su declaración de renta del año 2007 correspondientes a ventas de carbón a vinculados durante el segundo semestre de 2007, con base en la normativa vigente al momento de causación del impuesto, se tendría que los ingresos realizados y reportados por CZN por este concepto serían los llamados a hacer parte de la base gravable del impuesto de renta por el año gravable 2007. En consecuencia, no le era dable a la DIAN cuestionar la determinación de la base gravable del impuesto de renta del año 2007 de CZN, en lo correspondiente al precio de venta de minerales por ventas a vinculados del exterior durante el segundo semestre de 2007, con base en la aplicación de normas y actos administrativos expedidos con posterioridad al 31 de diciembre de 2007”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de mayo de 2018, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 25000-23-37-000-2012-00488-01 \(20698\).](#)

45. Se precisa la jurisprudencia de la Sección en relación con la intervención del deudor solidario en los procesos de determinación de los tributos y de cobro administrativo coactivo de créditos fiscales.

Síntesis del caso: *Se anularon los actos administrativos mediante los cuales la Administración Local de Impuestos de Neiva negó las excepciones formuladas por Gabina Arias Prieto contra el mandamiento de pago librado en su contra, en su calidad de deudora solidaria, dentro del proceso seguido contra la precooperativa de que ella era asociada, tendiente al cobro coactivo de los impuestos de renta y las sanciones determinadas por los años gravables 1997 y 1998, respecto de esa sociedad. En su lugar, se declaró probada la excepción de falta de título ejecutivo y terminado el proceso de cobro administrativo coactivo seguido contra la actora, en razón de que se concluyó que no se le notificó el título ejecutivo y que, por ende, el mismo no le era oponible ni exigible el pago de la obligación en él contenida.*

ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL DEUDOR SOLIDARIO EN LOS PROCESOS DE DETERMINACIÓN TRIBUTARIA Y DE COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO DE CRÉDITOS FISCALES / INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DEL ARTÍCULO 828-1 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO / ALCANCE DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DEL DEUDOR SOLIDARIO DE CRÉDITOS FISCALES / DERECHO A LA IGUALDAD DEL DEUDOR SOLIDARIO EN LOS PROCESOS DE DETERMINACIÓN TRIBUTARIA Y DE COBRO ADMINISTRATIVO COACTIVO DE CRÉDITOS FISCALES

Problema jurídico: *¿Cuál es la interpretación que se le debe dar al artículo 828-1 del Estatuto Tributario, en orden a garantizar la protección de los derechos al debido proceso y de defensa y contradicción de los deudores solidarios de créditos fiscales?*

Tesis: “[A] partir del año 2009 el precedente de la Sección sobre la necesidad de vincular a los deudores solidarios al procedimiento de determinación tributaria o de darle a conocer los títulos ejecutivos previo el inicio de un proceso de cobro coactivo ha sido diferente. Por esa razón es necesario precisar la interpretación que debe dársele al artículo 828-1 del Estatuto Tributario en procura de la protección de los derechos al debido proceso, de defensa y contradicción. 4.2.- En primer lugar, es importante advertir que independiente del origen de los títulos ejecutivos que fundamenten un proceso de cobro coactivo, esto es, (i) que surjan del inicio de una actuación de oficio, como es el caso del procedimiento de determinación tributaria, o (ii) que se trate de liquidaciones privadas sin pagar, el debido proceso de los deudores solidarios se debe garantizar en todo momento a fin de que, **según el caso**, puedan ejercer sus derechos de contradicción y defensa frente a las obligaciones y la solidaridad que se les imputa. Por tal razón, se reitera que: **(i)** Los deudores solidarios tienen el derecho de controvertir los documentos que conforman un título ejecutivo en su contra, por lo que la Administración Tributaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37 del CPACA -o 28 del CCA-, está en la obligación de vincularlos al procedimiento de determinación tributaria que se le inicie al contribuyente, responsable o deudor principal. Como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-1201 de 2003, únicamente surtida esta etapa puede hablarse de la existencia de un título ejecutivo válido en contra del deudor solidario. **(ii)** Tratándose de liquidaciones privadas sin cancelar, para que puedan ser oponibles al deudor solidario y se constituyan en título ejecutivo válido, la Administración Tributaria debe vincular a los deudores solidarios al proceso de cobro coactivo, mediante la notificación del mandamiento de pago, en el que debe establecerse con claridad y certeza su calidad de deudor solidario, la proporción de su participación, los períodos gravables a que

corresponden las deudas objeto del cobro y la cuantía de las mismas. No se opone lo anterior a que la Administración adelante diligencias previas o de cobro persuasivo respecto de los deudores solidarios. Solo así se concilian el interés general, ínsito en los actos de fiscalización tributaria y los derechos fundamentales de los contribuyentes o responsables y sus deudores solidarios, atendiendo, además que la Sección ha sostenido que las excepciones susceptibles de ser estudiadas en el proceso de cobro coactivo son aquellas que tienden a enervar el título ejecutivo; no pueden referirse a asuntos de fondo que debieron ser tratados durante el trámite administrativo que dio origen al título ejecutivo, puesto que *“se parte del presupuesto de que en relación con el origen, la causa, liquidación y vigencia de la obligación que se pretende cobrar a través de tal procedimiento, han sido agotadas previamente todas las etapas de discusión administrativa y/o jurisdiccional, no siendo dable controvertir aspectos diferentes a aquéllos dirigidos a enervar la eficacia del título ejecutivo”*. 4.3.- Lo que se pretende es garantizar los derechos de los deudores solidarios en aquellos procedimientos administrativos tributarios que se iniciaron con anterioridad a la sentencia C-1201 de 2003 de la Corte, habida consideración de la precisión hecha por la Ley 6ª de 1992, referida a la exigencia de la expedición de un acto previo al mandamiento de pago en el que se determinara la responsabilidad del deudor solidario, lo que, si no se acoge la tesis expuesta en esta sentencia, dejaría a este -al obligado solidariamente-, en total estado de indefensión. Si bien la Sección no exigía propiamente su vinculación en el proceso de determinación, si consideraba necesario un acto previo que podía ser cuestionado de diversas formas por el deudor solidario, sin limitarse a las excepciones previstas para el cobro coactivo de la deuda fiscal, consagradas en el artículo 831 del Estatuto Tributario, las que, por su naturaleza, no van encaminadas propiamente al cuestionamiento de la obligación. 4.4.- La pauta constitucional, antes y después de la Constitución Política de 1991, parte de la publicidad de las actuaciones de la Administración. Esa regla general, aplicable a todos los procedimientos administrativos, que se infiere, a partir de ese año, de los artículos 29 y 209 de la Carta Política, para no hablar de épocas anteriores, impone a las autoridades el deber de dar a conocer las actuaciones a aquellos que puedan verse afectados con sus decisiones y, por supuesto, el derecho del ciudadano de conocerlas y poder controvertirlas. La fuerza vinculante de esa regla no deviene de la sentencia C-1201 de 2003. Se funda en los derechos al debido proceso, contradicción y defensa, consagrados en el artículo 29 de la Constitución, en el derecho fundamental a la igualdad y en la normatividad legal que se menciona más adelante. Por eso, cuando la Corte habla de esos enunciados jurídicos, no está creando ninguna norma. Solo recuerda y reitera que la vinculación del deudor solidario a la actuación administrativa que busca determinar la existencia de una obligación tributaria es importante no solo porque el deudor solidario puede resultar obligado a satisfacer la obligación en virtud de la solidaridad, sino también porque su derecho de defensa adquiere particularidades frente al del deudor principal, dado que, de acuerdo con el régimen de la solidaridad, el deudor solidario puede interponer no sólo las excepciones que emanan de la relación jurídica sustancial, sino también las que emanan de su condición particular. Además, en virtud del derecho a la igualdad, *“la vinculación del deudor solidario al procedimiento de determinación es constitucionalmente inexcusable”*, pues si se prescindiera de la vinculación del deudor solidario se le otorgaría un tratamiento distinto al que se le dispensa al deudor principal, que podría contestar el requerimiento inicial, pedir pruebas, ser notificado de la liquidación oficial, interponer recursos contra ella por la vía gubernativa e incluso acudir ante la jurisdicción contenciosa a fin de discutir su validez, mientras que al deudor solidario sólo se le permitiría interponer excepciones contra el mandamiento de pago en el procedimiento administrativo de ejecución (...) 4.6.- La modificación legal introducida por la Ley 788 de 2002 al artículo 828-1 del Estatuto Tributario apunta a que no es indispensable *“crear”* un título individual para el deudor solidario. Pero, de ninguna manera, su interpretación puede permitir que la Administración Tributaria en ejercicio de sus potestades de fiscalización o de control prescinda del deber de comunicación, violentando el derecho de defensa y de contradicción del deudor solidario e infringiendo los principios de publicidad, moralidad y transparencia. (...) El hecho de que la ley

prevea la posibilidad de que con un solo título ejecutivo se ejecute tanto al contribuyente como al deudor solidario, no implica, en ningún caso, que la determinación de la obligación a cargo del deudor solidario se efectúe a sus espaldas, sin que se le permita controvertir el origen, la causa, la liquidación y la vigencia de la obligación, entre otros aspectos. En ese orden de ideas, no se trata de un problema de efectos *extunc* o *exnunc* de las sentencias de constitucionalidad o de desconocimiento de los mismos. Por el contrario, consiste en una interpretación por parte del juez ordinario contencioso-administrativo acorde con los principios constitucionales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta misma corporación. 4.7.- Para evitar equívocos, se resalta que con esta postura no se está exigiendo que se profiera un título ejecutivo propio para el deudor solidario. De conformidad con el artículo 828-1 del Estatuto Tributario y los principios constitucionales antes referidos, el título ejecutivo contra el deudor principal lo será también contra el deudor solidario, siempre que a este último se le comunique el inicio del procedimiento administrativo de liquidación oficial del gravamen o de la imposición de la sanción, ya que así podrá controvertir directamente la obligación fiscal que se le pretende cobrar”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 3 de mayo de 2018, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 41001-23-31-000-2006-00276-01 \(21376\).](#)

46. Para la procedencia del avalúo formado como costo fiscal en la enajenación de inmuebles en el impuesto sobre la renta, el contribuyente puede utilizar el avalúo que figure en la declaración del impuesto predial y/o en la declaración de renta del año anterior al de la enajenación.

Síntesis del caso: *Se anuló el numeral 3 del artículo 7 del Decreto 326 de 1995, reglamentario de la Ley 174 de 1994, porque estableció una restricción para aceptar el avalúo formado como costo fiscal que es contraria a la ley reglamentada, al señalar que el valor que se utilice como costo fiscal debe ser el mismo denunciado en la declaración del impuesto sobre la renta, con lo cual excluía la opción del contribuyente de utilizar ese valor y/o el que figure en la declaración del impuesto predial unificado, como lo permite dicha ley.*

AVALÚO FORMADO COMO COSTO FISCAL DE LOS ACTIVOS / REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL AVALÚO FORMADO COMO COSTO FISCAL EN LA ENAJENACIÓN DE ACTIVOS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Problema jurídico: *¿El numeral 3 del artículo 7 del Decreto 326 de 1995 establece un requisito diferente al previsto en la Ley 174 de 1994, sobre la procedencia del avalúo formado como costo fiscal en el impuesto sobre la renta?*

Tesis: “[D]e acuerdo con el artículo 72 del Estatuto Tributario, el costo del inmueble que puede tomarse para determinar la utilidad correspondiente será i) el autoavalúo declarado en el impuesto predial unificado y ii) los avalúos formados o actualizados por las autoridades catastrales, iii) bajo el condicionamiento de que figuren en la declaración del impuesto predial unificado **y/o** la declaración de renta, correspondiente al año anterior de la enajenación. (...) En tal sentido, el avalúo o autoavalúo aceptado como costo fiscal es el que aparezca en cualquiera de las dos declaraciones, sin que necesariamente el valor declarado en una y otra sea el mismo. (...) Y, no coinciden en todos los casos, por la siguiente razón: En la declaración predial se puede llevar el autoavalúo –en el caso de Bogotá D.C., o el avalúo formado –el resto de los municipios– Y, en la declaración de renta, además de que se puede registrar el costo fiscal con el autoavalúo o el avalúo formado, el contribuyente tiene otras opciones como las previstas en los artículos 69 y 73 del Estatuto Tributario. 2.2.5. Ahora bien,

descendiendo al caso concreto, se advierte que el artículo 72 –modificado por el artículo 4 de la Ley 174 de 1994- fue reglamentado por el artículo 7 del Decreto 326 de 1995 (...).2.2.6. Nótese que el numeral 3º del artículo 7º del Decreto 326 de 1995, al reglamentar la norma analizada, estableció que para que el avalúo formado sea utilizado como costo fiscal debe corresponder al denunciado en la declaración de renta. Para la Sala, esa regulación es contraria a lo dispuesto en la Ley 174 de 1994, puesto que excluye una de las alternativas que fue contemplada en la ley, consistente en que pueda llevarse como costo fiscal el valor del avalúo utilizado para el impuesto predial. Recuérdese que de conformidad con la Ley 44 de 1990 en la declaración del impuesto predial unificado puede tomarse como base gravable el autoavalúo, **o el valor económico fijado por la autoridad catastral –avalúo catastral-**. Y, en todo caso, **la liquidación del impuesto no puede realizarse por un valor menor al establecido en el avalúo catastral**. Dado que en la declaración predial se puede registrar el avalúo formado, no es procedente que la misma se excluya de las opciones que puede utilizar el contribuyente para determinar el costo fiscal, para solo dejarle la posibilidad de llevar el avalúo formado cuando esté registrado en la declaración de renta. Por eso, la norma legal permite la alternativa de llevar el avalúo formado declarado en el impuesto predial, sin que sea válido que la norma reglamentaria restrinja esa opción. 2.2.7. En ese sentido, la norma demandada más que señalar los requisitos que hacen aplicable el artículo 4º de la Ley 174 de 1994, en materia de costo fiscal, lo que establece es una restricción para determinar ese concepto, que la ley objeto de reglamentación no previó. Con ello, el numeral demandado desconoció la sujeción que debe tener a la ley, pues, de una parte, las normas de rango inferior no pueden contrariar a las de superior jerarquía, y de otra parte, no existe ninguna razón que justifique restringir a los contribuyentes de la posibilidad de llevar como costo fiscal el avalúo formado denunciado en el impuesto predial. De esta manera, la actividad reglamentaria estaba limitada por la norma legal, cuya finalidad no era otra que darle la posibilidad a los contribuyentes de escoger entre el autoavalúo o avalúos formados o actualizados que registraba en su declaración de renta o en su declaración del impuesto predial. 2.2.8. En consecuencia, se declara la nulidad del numeral 3 del artículo 7 del Decreto 326 de 1995”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de mayo de 2018, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación: 11001-03-27-000-2013-00034-00 \(20677\).](#)

XII. SECCIÓN QUINTA

47. Se declara la legalidad condicionada de los artículos 2 y 3 numeral 10 de la Resolución 6245 de 2015 por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral señala el procedimiento de verificación de apoyos ciudadanos.

Síntesis del caso: *El partido liberal demandó las normas que rigen el procedimiento que adelanta la Registraduría para verificar la autenticidad de apoyos ciudadanos a una propuesta de mecanismo de participación ciudadana, debido a que se considera que los actos demandados propician una ventaja a favor de promotores de revocatorias de mandato y no conceden oportunidades procesales a los candidatos elegidos afectados por la iniciativa ni a los electores. La Sala determina si los actos de contenido electoral censurados deben ser declarados nulos por infracción de las normas superiores en que debieron fundarse las autoridades para su expedición.*

PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE APOYOS A REVOCATORIA DEL MANDATO / GARANTÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN MECANISMO DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA / INFRACCIÓN DE NORMA SUPERIOR EN QUE DEBE FUNDARSE ACTO ELECTORAL

Problema jurídico: *¿El procedimiento establecido para verificación de apoyos ciudadanos establecido por el Consejo Nacional Electoral infringe normas superiores en que debía fundarse al no salvaguardar el derecho de defensa de los candidatos elegidos que se vieran afectados por el trámite de una revocatoria del mandato?*

Tesis: “La Sala estima que el cuestionamiento bajo análisis no cuenta con la entidad jurídica para desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados, pues lo cierto es que, contrario a lo que se sostiene en el libelo introductorio, el trámite de verificación de la autenticidad de firmas salvaguarda el derecho de defensa a través del establecimiento de una oportunidad procedimental para objetar las conclusiones plasmadas en el informe técnico que expide la Dirección del Censo de la RNEC, de conformidad con el numeral 11 del artículo 3 de la Resolución 6245 de 2015, más allá de que el término impugnatorio deba ser determinado a la luz del dato del censo de votantes de la entidad territorial. Se trata así de una fase de contradicción que si bien no presenta las características de un recurso administrativo, garantiza el derecho de las partes a censurar la decisión que en el informe técnico adopta el órgano electoral, dentro del esquema de especialidad normativa que regenta la revocatoria del mandato y, que como se vio capítulos atrás, lo abstrae de la aplicación del CPACA y su regulación de recursos en vía gubernativa. De otra parte, en lo que respecta la ausencia de las acciones jurisdiccionales pertinentes, la Sala se limita a recabar en la naturaleza del trámite concebido en la Resolución 6245 de 2015, pues lejos de disponer de esencia jurisdiccional, su naturaleza es exclusivamente procedimental, motivo por el que no resultaba posible que se pronunciara acerca de los medios de control que pueden incoarse en contra de las decisiones que en su contexto se tomen. Valga recordar que los medios de control jurisdiccionales se encuentran regulados y a disposición de los administrados por ministerio de la ley, que establece las competencias jurisdiccionales, aspecto este que es ajeno a la RNEC y al mismo CNE. Por los anteriores motivos, el cargo se despacha desfavorablemente, pues no se advierte omisión reglamentaria alguna causante de ilegalidad. (...) A modo de conclusión, la Sala encuentra que (i) la omisión reglamentaria cuestionada por la parte demandante no conlleva la nulidad de los actos administrativos censurados, toda vez que el vacío puede ser suplido con normas de rango legal; (ii) la información que se recopila en los formularios de recolección de apoyos no constituye, en principio, datos sensibles por lo que no tienen el carácter de reservado –se hace referencia al nombre y cédula de ciudadanía– ; (iii) el acceso a ellos podrá ser solicitado a la RNEC a fin de objetar el informe técnico que se profiere en el contexto del procedimiento de verificación de apoyos ciudadanos”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 26 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 11001-03-24-000-2017-00173-00.](#)

48. [Se fijan las reglas aplicables para interponer y sustentar apelaciones](#) contra sentencias dictadas en audiencia en el proceso electoral.

Síntesis del caso: *Al negar la demanda contra la designación del actual alcalde de Pamplona, Norte de Santander, la Sala estudia si existe indeterminación acerca del recurso de apelación contra sentencias dictadas en audiencia, en los procesos electorales, ante la petición de la procuradora delegada de fijar las reglas para tales casos, particularmente en cuanto a la forma y el término para su interposición.*

APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DICTADA EN AUDIENCIA EN EL PROCESO ELECTORAL / APELACIÓN CONTRA SENTENCIA ELECTORAL – Reglas para su interposición y sustentación

Problema jurídico: *¿Cuáles son las reglas aplicables al recurso de apelación contra sentencia electoral dictada en audiencia?*

Tesis: “(...) precisa la Sala que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo incluyó las diferentes normas especiales que rigen el trámite de los juicios electorales a cargo de esta jurisdicción. Como parte de este compendio normativo, el artículo 292 reguló los aspectos correspondientes al recurso de apelación cuando sea procedente contra las sentencias proferidas en los procesos electorales (...) Por tratarse precisamente de norma especial, considera esta corporación que la disposición es aplicable a los diferentes supuestos de hecho que puedan surgir para la interposición de la apelación luego de la notificación de la sentencia que resuelve el proceso en la primera instancia. Aunque la norma no lo haya contemplado expresamente, estima la Sala que la regulación incluye el recurso que puede ser presentado en las audiencias previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el trámite del proceso electoral, como la audiencia inicial y la audiencia de alegaciones y de juzgamiento. Lo anterior significa que en aplicación del primer segmento del inciso primero del artículo 292, existe la posibilidad de interponer y sustentar la apelación contra la sentencia en el mismo acto de la notificación en estrados hecha dentro de la audiencia en la cual es dictada. Este es el alcance que desde el punto de vista lógico corresponde a la expresión contenida en la norma, según la cual “El recurso se interpondrá y sustentará ante el a quo en el acto de notificación “[...]” No obstante, practicada la notificación en estrados también surge una segunda alternativa que en los precisos términos de la norma, permite interponer el recurso dentro de los cinco (5) días siguientes a aquella notificación especial que se hace en las audiencias del proceso. Al conocerse la decisión, puede presentarse la apelación dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación en estrados, ya que el artículo 292 del CPACA expresamente lo permite como posibilidad para quien no lo haga en el momento de la notificación hecha en la audiencia. Es claro que la regulación contenida en el artículo 292 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no excluye el ejercicio del recurso en la misma forma prevista para los casos en que la sentencia es dictada y notificada a las partes por fuera y después de las audiencias que integran el trámite del proceso (...) Considera la Sala que este segundo segmento normativo abre paso a una tercera opción para la apelación, que consiste en la interposición del recurso en el momento de la notificación en la audiencia y la posterior sustentación dentro de los cinco (5) días siguientes. Dada la dinámica propia de esta clase de actuaciones del sistema oral aplicable al proceso electoral, es viable que el recurso sea presentado en la audiencia, en virtud de la notificación en estrados, pero sustentado después en el término que establece la regulación especial. Así debe entenderse la norma al disponer que el recurso será declarado desierto cuando no sea sustentado oportunamente por la parte que lo interpuso en la audiencia, después de ser enterada de la decisión que resuelve la primera instancia en el medio de control electoral”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de mayo de 2018, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 54001-23-33-000-2018-00006-01.](#)

49. Se rechaza la demanda contra el acto de inscripción del candidato presidencial Gustavo Petro Urrego al considerarse que el acto no es susceptible de control judicial por no ser de carácter definitivo.

Síntesis del caso: *Se demanda la nulidad del acto a través del cual las autoridades electorales inscribieron como candidato a la presidencia a Gustavo Petro Urrego, es decir, contra el formulario E-6. La Sala determina si el acto de postulación de candidato presidencial es susceptible de control judicial por vía de nulidad electoral.*

ACTO DE POSTULACIÓN DE CANDIDATO PRESIDENCIAL / ACTO ELECTORAL NO DEFINITIVO NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JUDICIAL

Problema jurídico: *¿Es posible obtener la anulación del acto de inscripción de un candidato presidencial a través del medio de control de nulidad electoral?*

Tesis: “ (...) la ley faculta al juez a rechazar la demanda, entre otros, cuando el asunto no sea susceptible de control. Es precisamente, esa situación la que acaece en el caso concreto, toda vez que se pretende la anulación de un mero acto trámite -inscripción de un candidato presidencial-, siendo claro que el control judicial solo se ejerce respecto de actos definitivos. (...) En efecto, aunque el demandante formuló demanda contra la “postulación del señor Gustavo Petro” como candidato a la Presidencia, se entiende que lo que le genera reproche es el acto a través del cual las autoridades electorales lo inscribieron como candidato, es decir, contra el formulario E-6, acto que por su naturaleza no es susceptible de control judicial. (...) Lo anterior es así, debido a que un presupuesto primordial para la admisión de una demanda dentro la jurisdicción de lo contencioso administrativo es que el acto cuya legalidad se cuestiona tenga carácter definitivo, es decir, “aquellos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar con la actuación (...) podría pensarse que al ser los actos expedidos en ejercicio de la función electoral distintos a los actos administrativos, cuyo origen es la función administrativa, no es aplicable la distinción antes anotada. No obstante, los actos expedidos en función electoral también pueden clasificarse en actos de trámite y actos de definitivos. (...) Así pues, en asuntos electorales el acto que contiene la decisión definitiva del electorado es el tendiente a elegir, nombrar o llamar a proveer vacantes, los cuales se constituyen como verdaderos actos electorales, en los términos del inciso primero del artículo 139 del CPACA, pasibles de ser controlados, únicamente, por la vía de la nulidad electoral según las voces de la norma en comento. Por el contrario, serán actos de trámite o preparatorios todos aquellos proferidos en el devenir del procedimiento electoral, distintos de los de elección, nombramiento o llamamiento y los cuales no son pasibles de control judicial de forma autónoma. (...) Así las cosas, como en el caso concreto no cabe duda que las autoridades electorales permitieron que el señor Gustavo Petro Urrego se inscribiera como candidato a la Presidencia de la República es evidente que ese es un acto de trámite dentro del procedimiento electoral que culminara con la expedición del acto que declarara la elección del Presidente de la Republica para el periodo 2018-2022. (...) Lo anterior quiere decir, que los reproches del actor respecto a las calidades del señor Petro Urrego, únicamente, podrán ser estudiados por el juez electoral si y solo si el citado ciudadano es declarado electo como presidente y contra su designación se presenta una demanda electoral. En consecuencia, como ninguna de las citadas circunstancias ha acaecido, es evidente que no es posible tramitar el escrito introductorio presentado como una demanda electoral, habida cuenta que se cuestiona un acto de trámite que no es pasible de control judicial”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto de 18 de mayo de 2018, C.P Alberto Yepes Barreiro, radicación: 11001-03-28-000-2018-00050-00.](#)

XIII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

50. Bajo la Ley de Garantías Electorales (Ley 996 de 2005) no está prohibida la iniciación, estructuración y contratación de proyectos en la modalidad de asociaciones público privadas (APP).

Síntesis del caso: *El Ministerio de Cultura consultó a la Sala sobre la aplicación de la prohibición a la contratación directa establecida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, frente a la eventual adjudicación y suscripción del contrato que instrumente el proyecto de asociación público privada (APP) que se tramita, relacionado con el galeón San José.*

LEY DE GARANTÍAS ELECTORALES – Autoriza la estructuración y proceso de selección en las asociaciones público privadas APP / ASOCIACION PÚBLICO PRIVADA PARA LA INTERVENCIÓN, APROVECHAMIENTO ECONÓMICO, PRESERVACIÓN Y DIVULGACIÓN DEL GALEÓN SAN JOSÉ / EXPLORACIÓN, INTERVENCIÓN, APROVECHAMIENTO ECONÓMICO Y PRESERVACIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO – Uso del mecanismo de la Asociación Publico Privada APP

Problema jurídico 1: *¿Bajo la Ley 996 de 2005, está prohibida la iniciación, estructuración y contratación de proyectos en la modalidad de asociaciones público privadas (APP)?*

Tesis 1: (i) El artículo 33 de la Ley 996 de 2005 prohíbe a las entidades y organismos públicos utilizar el mecanismo de la “contratación directa” durante los cuatro (4) meses anteriores a la votación para elegir Presidente y Vicepresidente de la República en primera vuelta, y hasta la realización de la segunda vuelta, de ser el caso. (ii) Dicha prohibición se refiere no solamente a la celebración o suscripción de contratos originados en este sistema de selección, sino también a la iniciación o continuación de dicho procedimiento. (iii) Para efectos de la “Ley de Garantías Electorales”, y en armonía con las normas que regulan la contratación pública en Colombia, debe entenderse por “contratación directa” cualquier sistema de selección de contratistas en el que no exista convocatoria pública, ni sea posible la participación de una pluralidad de oferentes, independientemente del régimen de contratación que se aplique. (iv) La Ley 1675 de 2013 permite que las actividades relacionadas con el “patrimonio cultural sumergido” (definidas en su artículo 4º) sean efectuadas directamente por el Estado, o sean contratadas por este con terceros, nacionales o extranjeros, caso en el cual debe utilizar, por regla general, el procedimiento de licitación pública, regulado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (v) Sin embargo, la misma ley permite expresamente (artículo 17) que el Ministerio de Cultura, en nombre de la Nación, contrate dichas actividades, “de conformidad con la Ley 1508 de 2012”, es decir, mediante la estructuración y desarrollo de asociaciones público privadas (APP). En este caso, las reglas de estructuración, los procesos de selección, el contenido del contrato y su ejecución, entre otros aspectos, deben regirse por lo dispuesto en dicha ley y sus decretos reglamentarios, con las particularidades y reglas especiales contenidas en la Ley 1675. (vi) En esa medida, la Sala observa que la “contratación directa” no está prevista en la Ley 1508 de 2012 como sistema de selección del contratista que haya de emprender la ejecución de un proyecto de APP, ni siquiera cuando este sea de iniciativa privada y no requiera el desembolso de recursos públicos. (vii) Por el contrario, la Sala constata que, tal como están reguladas las asociaciones público privadas en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015, tanto las de iniciativa pública como aquellas que surgen de la iniciativa privada (con o sin aportes del Estado), los procesos de selección que deben utilizarse en cada caso involucran: a) convocatoria pública y b) la posibilidad de que participen varios oferentes. (viii) El hecho de que en una APP de iniciativa privada y sin aporte de recursos públicos

se contrate con el originador, debido a que, dentro del plazo legalmente establecido, no se presenten terceros que manifiesten su interés en realizar el proyecto, o se presenten, pero no cumplan los requisitos exigidos por la entidad estatal, no significa que el proceso de selección que se lleve a cabo se convierta en uno de “contratación directa”. (ix) Finalmente, de lo anterior se colige que, bajo la Ley 996 de 2005, no está prohibida la iniciación, estructuración y contratación de proyectos en la modalidad de asociaciones público privadas (APP). (...) En el caso concreto de la consulta, la Sala observa que se trata de un proyecto de asociación público privada (APP) de iniciativa privada, sin desembolso de recursos del Estado, que empezó a estructurarse desde el año 2015 y cuyo objeto consiste, según la información enviada por el Ministerio de Cultura, en realizar las actividades de *“intervención, aprovechamiento económico, preservación y divulgación del hallazgo (galeón San José) por parte del concesionario; así como el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública asociada, la cual se compone de un laboratorio para la conservación de materiales y un museo que permita la divulgación y apropiación del patrimonio cultural de la Nación”*. (...) El proceso de selección que lleva a cabo el Ministerio de Cultura, independientemente de su resultado, no corresponde al sistema de “contratación directa”, por lo que no está prohibido continuarlo, ni suscribir el contrato respectivo, durante la época de la restricción establecida por la “Ley de Garantías Electorales”.

ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA, APP – Estructuración y proceso de selección en las APP de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos / ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA, APP – Diferencias con el mecanismo de selección abreviada

Problema jurídico 2: *¿La suscripción del contrato de asociación público privada con el originador, en el evento de no presentarse ninguna manifestación de interés a la convocatoria pública realizada por el Ministerio de Cultura o de presentarse manifestaciones de interés que no cumplen los requisitos para ejecutar el proyecto, ¿implica realizar una contratación directa que supondría la transgresión al artículo 33 de la Ley 996 de 2005?*

Tesis 2: “No. Conforme a lo explicado en este concepto, la eventual celebración del contrato que sirva para instrumentar la asociación público privada (APP) con el respectivo originador, en la hipótesis de que no se presente ninguna manifestación de interés por parte de terceros a la convocatoria pública efectuada por el Ministerio de Cultura, o que se presenten manifestaciones de interés que no cumplan con los requisitos exigidos para ejecutar el proyecto, no significa que se realice una contratación directa ni implica, por lo tanto, transgredir la prohibición contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005 (“Ley de Garantías Electorales”).

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 8 de mayo de 2018, C.P. Álvaro Namén Vargas, radicación: 11001-03-06-000-2018-00095-00\(2382\), levantamiento de reserva legal mediante oficio 110-0428 de 18 de mayo de 2018.](#)

51. Se declaró competente a Colpensiones para tramitar la solicitud de reconocimiento pensional presentada por una ciudadana que consolidó su estatus pensional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Síntesis del caso: *Se solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil dirimir el conflicto negativo de competencias de la referencia, suscitado entre el municipio de San Cayetano, la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- (en adelante COLPENSIONES) y la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal -UGPP- (en adelante UGPP) en relación con la solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Cecilia Wilches de Benítez.*

RÉGIMEN PENSIONAL DE LA LEY 33 DE 1985 / ENTIDAD TERRITORIAL EMPLEADORA – Ausencia de competencia para el reconocimiento de derechos pensionales / COLPENSIONES – Administradora general del régimen de prima media

Problema jurídico: *¿Cuál es la entidad competente para tramitar solicitud de reconocimiento pensional presentada por la señora Cecilia Wilches de Benítez quien consolidó su estatus pensional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993?*

Tesis: “De acuerdo con la historia laboral, al 1º de abril de 1994, la señora Wilches de Benítez tenía más de 55 años de edad, y más de 20 años de servicio, requisitos que cumplió antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por tanto, en aplicación del artículo 11 de la Ley 100 de 1993, la señora Wilches tiene derecho a que se le aplique el régimen vigente al momento de adquirir su estatus pensional (16 de marzo de 1993). (...) *Régimen aplicable:* A la señora Wilches Benítez, en principio, podría aplicársele la Ley 33 de 1985, que sería la norma bajo la cual estaría llamada a regirse su derecho pensional. En efecto, cumplió los 55 años el 16 de marzo de 1993 y los veinte años de servicio en octubre de 1978, todos ellos laborados en el sector público. Por consiguiente, como el requisito del tiempo para adquirir el derecho lo cumple en octubre de 1978, al sumar los tiempos de servicio en el municipio de San Cayetano y en la Dirección Judicial de Cundinamarca en su condición de empleado público (sobrepasa los 20 años), le es aplicable el régimen de pensión de jubilación contenida en la Ley 33 de 1985. *Estatus pensional:* La peticionaria cumplió el estatus pensional el 16 de marzo de 1993, fecha para la cual no se encontraba vinculada ni cotizando con ninguna entidad. *Entidad competente:* En reiteradas oportunidades, la Sala ha sostenido que la regla general de competencia para resolver las solicitudes de reconocimiento de los derechos pensionales es la entidad a la cual se encontraba afiliada la persona al momento de cumplir el status pensional. Ahora bien, como se ha mencionado, de la historia laboral y de los alegatos del municipio se evidencia que la peticionaria nunca estuvo afiliada a la Caja de Previsión Municipal de San Cayetano, ni a ninguna otra entidad administradora de pensiones, motivo por el cual, la entidad que estaría obligada a estudiar la solicitud pensional de la señora Wilches de Benítez sería el municipio de San Cayetano, pues esta entidad territorial fue su última empleadora. De manera que, como la señora Cecilia Wilches no cotizó ni estuvo afiliada a ninguna administradora de pensiones durante el tiempo que laboró al servicio del municipio de San Cayetano, lo que procede es determinar si, el mismo, como empleador de la peticionaria, tiene o no la capacidad jurídica para reconocer la prestación pensional solicitada. En el presente caso, el municipio de San Cayetano no tiene facultades para el reconocimiento de derechos pensionales, por lo que resulta forzoso concluir que carece de competencia para resolver la petición de la señora Cecilia Wilches de Benítez. De lo anterior se concluye que la competencia se trasladó a la administradora del régimen de prima media con prestación definida, que para entonces estaba en cabeza del ISS, hoy liquidado y en la actualidad corresponde a Colpensiones. Así las cosas, la Sala declarará competente a Colpensiones para decidir de fondo la petición de la señora Cecilia Wilches de Benítez, sin perjuicio del pago que, por concepto de cuota parte o bono pensional, deban hacer el municipio de San Cayetano y la Rama Judicial por el tiempo que la señora Cecilia Wilches de Benítez laboró en cada una de esas entidades”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, conflicto de competencias administrativas de 17 de abril de 2018, C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2018-00022-00\(C\).](#)