

EDICIÓN
244

JULIO DE 2021

BOLETÍN DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



#CEtrabajaencasa

PUBLICACIÓN MENSUAL
ISSN: 2711-385X

República de Colombia
Consejo de Estado

Marta Nubia Velásquez Rico
Presidenta Consejo de Estado

COMITÉ EDITORIAL

Rocío Araújo Oñate
Hernando Sánchez Sánchez
Sandra Lisset Ibarra Vélez
Marta Nubia Velásquez Rico
Jaime Enrique Rodríguez Navas
Martín Gonzalo Bermúdez Muñoz
Myriam Stella Gutiérrez Argüello
Óscar Darío Amaya Navas
Paula Johanna León Mora

RELATORÍAS

Sección Primera de lo Contencioso Administrativo

Liliana Marcela Becerra Gámez

Sección Segunda de lo Contencioso Administrativo

Gloria Cristina Olmos Leguizamón

Antonio José Sánchez David

Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo

Jorge Eduardo González Correa

Natalia Rodrigo Bravo

Natalia Yadira Castilla Caro

Guillermo León Gómez Moreno

Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo

María Magaly Santos Murillo

Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo

Wadith Rodolfo Corredor Villate

Sala de Consulta y Servicio Civil

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

Yulieth Esperanza Rodríguez Nieto

Acciones Constitucionales

Pedro Javier Barrera Varela

Camilo Augusto Bayona Espejo

Juan Alejandro Suárez Salamanca

DISEÑO

Oficina de Divulgación y Prensa

PUBLICACIÓN

Oficina de sistemas

Boletín del Consejo de Estado.
Jurisprudencia y Conceptos.
No. 244, julio 2021
ISSN: 2711-385X
www.consejodeestado.gov.co

Consejo de Estado
Calle 12 No. 7-65, Bogotá D.C.
Palacio de Justicia
Bogotá D.C. - Colombia



#CEtrabajaencasa

CONTENIDO

CONTENIDO.....	3
EDITORIAL	4
I. NORMAS ANULADAS	5
II. EXHORTOS	5
III. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN.....	7
IV. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.....	14
V. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ..	27
VI. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD	32
VII. SECCIÓN PRIMERA.....	39
VIII. SECCIÓN SEGUNDA	48
IX. SECCIÓN TERCERA.....	55
X. SECCIÓN CUARTA	68
XI. SECCIÓN QUINTA.....	80
XII. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL	87

EDITORIAL

El Consejo de Estado presenta la edición 244 del boletín «Jurisprudencia y Conceptos», compilación de la jurisprudencia más reciente y relevante de la Corporación, elegida especialmente para que sirva de herramienta de actualización y pedagogía de sus decisiones.

En esta ocasión se destaca la decisión de la Sala Primera Especial de Decisión en la que se unificó la jurisprudencia en sede del mecanismo de revisión eventual de acción de grupo, en relación con los criterios para la determinación del grupo afectado y la individualización de sus miembros; el tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998; las competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y los criterios para el reconocimiento de perjuicios inmateriales en favor de sujetos de especial protección constitucional.

Asimismo, se pueden encontrar otras providencias de las salas especiales de decisión en temas tan importantes como las orientaciones para la prestación del servicio educativo en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19 proferidas por el Ministerio de Educación Nacional, las que se encontraron ajustadas a la legalidad con el ejercicio del control inmediato que lleva a cabo este máximo tribunal.

Entre otros temas, también se accedió, en sede de control inmediato de legalidad a avocar conocimiento para proferir un auto de unificación jurisprudencial «con el fin de que [...] se definan si los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 deben ser aplicados o, por el contrario, han de ser exceptuados de su aplicación por su posible inconstitucionalidad e inconveniencia».

Por otro lado, se consigna para su consulta una providencia de la Sección Segunda en la que se reitera la imprescriptibilidad en el régimen anualizado de cesantías de la obligación del empleador de realizar los pagos correspondientes mientras continúe vigente el vínculo laboral; así como, las reglas de la prescripción trienal de la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las mismas.

Finalmente, y con el ánimo de solo resaltar algunas de las decisiones entregadas en esta edición, se reseña un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el que se consideraba que era fundamental la celebración de un nuevo contrato para terminar las obras faltantes del contrato No. 3460 de 2008 (construcción del Túnel de la Línea), «teniendo en cuenta el deber jurídico que tiene la Administración de lograr el fin del contrato y así satisfacer los fines estatales y la continuidad del servicio público», y «en atención a la obligación que tiene el Estado de proteger el patrimonio y los recursos públicos y de evitar la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos». Con el levantamiento de la reserva, se presenta este concepto del año 2017.

Invitamos a la consulta frecuente de este boletín, puestas de presente sus ventajas para la actualización en Derecho Público. Damos la bienvenida a los nuevos suscriptores y agradecemos la permanencia de nuestros lectores habituales. Para aquellos quienes este es su primer acercamiento al "Boletín del Consejo de Estado -Jurisprudencia y Conceptos" los invitamos a suscribirse (<https://forms.office.com/r/HJ8Qp1K4qZ>) y recibir mensualmente en su correo las próximas ediciones.

I. NORMAS ANULADAS

1. El Decreto 3035 de 2013, “Por medio del cual se determina la categoría del Departamento del Tolima para la vigencia fiscal de 2014”, expedido por el Gobernador del Departamento del Tolima.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de abril de 2021, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 73001-23-33-000-2014-00206-01 \(ver página 40 de este boletín\).](#)

2. Los artículos 10, 11 y 12 de la Resolución nº. A-0259 del 2 de abril de 2020, expedida por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER), por medio de los cuales se dispuso que se podrían adelantar sin permiso las actividades de prospección y exploración de las aguas subterráneas por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, y la reducción de las tarifas para los prestadores mencionados.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión, Sentencia del 26 de marzo de 2021, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-15-000-2020-03536-00 \(ver página 34 de este boletín\).](#)

II. EXHORTOS

1. La Sección Quinta exhortó al Partido de Unidad Nacional, Partido de la U, para que en lo sucesivo se abstenga de proferir decisiones que contraríen la Constitución Política y las normas que rigen los procesos electorales

Sobre el particular señaló: “En conclusión, el acto de ponderación entre la norma que se va a desconocer y la objeción, es la concerniente al deber de apoyar a los suyos, pero no existe relación alguna entre el desconocimiento de la prohibición de la doble militancia y el que el demandado no comparta el programa de gobierno del candidato coavalado por su colectividad. A este punto se reitera, que una decisión particular no puede desconocer el carácter vinculante de la Constitución Política, al crear reglas que pretendan hacer nugatorios sus efectos y los fines

democráticos que con sus instituciones se persigue. En razón de ello, se ordenará al Consejo Nacional Electoral, para para que dentro del marco de sus funciones investigue al partido político de Unidad Nacional, Partido de la U y los directivos que expidieron este tipo de directrices totalmente inconstitucionales, por las presuntas faltas en que pudieron incurrir, de conformidad con los artículos 8 y 10 de la Ley 1475 de 2011, así como se les exhortará para que en el futuro se abstenga de repetir esta conducta.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 20 de mayo de 2021, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 05001-23-33-000-2019-03141-01 \(Acumulado\).](#)

2. La Sección Quinta exhortó al Tribunal Administrativo de Arauca para que, en lo sucesivo, aplique las normas de acumulación en materia electoral conforme a lo dispuesto en la presente providencia y la jurisprudencia de esta Sala

Sobre el particular señaló: “En ese orden de ideas, dado que tanto en el *sub judice* como en el proceso radicado 81001-23-33-000-2020-00023-01 se alegaron causales objetivas de nulidad y éstas se dirigían contra un mismo demandado, el Tribunal Administrativo de Arauca debió, con base en el principio de economía procesal, celeridad y seguridad jurídica, acumular los dos procesos, a efectos de

tramitarlos bajo una misma cuerda procesal y proferir una sola sentencia, en los términos del inciso primero del artículo 282 *eiusdem*. Por lo anterior, la Sala exhortará al Tribunal Administrativo de Arauca para que, en lo sucesivo, aplique el artículo 282 del CPACA según las precisiones hechas en este proveído y la jurisprudencia de esta Corporación.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 03 de junio de 2021, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 81001-23-33-000-2020-00018-01.](#)

3. La Sala de Consulta y Servicio Civil exhortó a las entidades responsables de llevar los registros de las infracciones de tránsito, para que mantengan la información lo más actualizada y completa posible, con el fin de que las autoridades de tránsito puedan disponer de ella de manera oportuna y así poder aplicar eficazmente la norma de la reincidencia y la nueva reincidencia contenida en el artículo 124 del Código Nacional de Tránsito Terrestre

En tal sentido señaló: “[E]l artículo 124, el cual regula la reincidencia en materia de infracciones de tránsito en general [...] el parágrafo de esta norma define la reincidencia como la comisión de más de una falta a las normas de tránsito en un lapso de seis (6) meses, lo cual significa que si una persona, en ese período de tiempo, incurre dos veces en una infracción de tránsito, la segunda constituye una reincidencia en este tipo de contravenciones. La reincidencia se considera una circunstancia agravante, pues se trata de que el infractor vuelve a cometer en un lapso de tiempo determinado, una contravención de tránsito (sin que necesariamente sea la misma de la primera, ya que la norma no lo dice), lo cual denota un comportamiento contrario al debido acatamiento y respeto de las normas de tránsito que son normas de

seguridad y convivencia de la comunidad. Por tal razón, la norma dispone que en ese evento se debe aplicar una sanción severa, como es la suspensión de la licencia de conducción por un término de seis (6) meses. Es una sanción fija, no sujeta a graduación. [...] Las autoridades de tránsito no pueden limitarse a verificar si en algún registro o en el Sistema de Información Contravencional, SICON, el inculpado figura como infractor por una falta cometida en los seis (6) meses anteriores, para imponerle inmediatamente la sanción de suspensión de la licencia de conducción, sin entrar a analizar si efectivamente se encuentra probada tanto la comisión de la segunda infracción como la responsabilidad del presunto infractor en su ocurrencia”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de agosto de 2020, C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2020-00126-00\(2445\).](#)

SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN

Se unificó la jurisprudencia en sede del mecanismo de revisión eventual de acción de grupo, en relación con los criterios para la determinación del grupo afectado y la individualización de sus miembros; el tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998; las competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y los criterios para el reconocimiento de perjuicios inmateriales en favor de sujetos de especial protección constitucional

Síntesis del caso: *Se resuelve la solicitud de revisión eventual de la sentencia de acción de grupo que condenó a la Empresa de Energía del Pacífico (EPSA) y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC) por los perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión de la apertura de compuertas y vertimiento de sedimentos al río Anchicayá. Lo anterior, dando alcance a lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia SU-686 de 2015 y para unificar el criterio de esta Corporación con respecto a: i) los criterios para determinar el grupo afectado y la individualización de sus miembros, ii) el tratamiento de la indemnización colectiva prevista en la Ley 472 de 1998, iii) las competencias de la Defensoría del Pueblo en calidad de administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y iv) los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional.*

ACCIÓN DE GRUPO – Procedencia / CRITERIOS PARA DETERMINAR EL GRUPO AFECTADO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE SUS MIEMBROS – Unificación jurisprudencial / CONDICIONES UNIFORMES DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO – Interpretación

Problema jurídico 1: *En materia de acción de grupo, ¿cuáles son los criterios para la determinación del grupo afectado y la individualización de sus miembros?*

Tesis 1: “Los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, establecen que los miembros del conjunto de personas que acuden a la jurisdicción mediante la acción de grupo deben reunir condiciones uniformes respecto de la causa originaria de los perjuicios cuya reparación pretenden [...]. Como puede advertirse, la jurisprudencia de la Corporación ha desarrollado dos posturas en torno a la determinación de los criterios para identificar a los miembros de un grupo. La primera de ellas alude a la i) identificación de los hechos dañosos uniformes para el grupo y ii) el respectivo análisis de su vinculación causal con los daños sufridos por sus miembros, mientras que la segunda recurre a la concurrencia de tres elementos, a saber: i) un mismo hecho o conjunto de hechos dañinos, esto es, identidad de la acción u omisión o de la conducta dañina, ii) que el hecho o hechos sean

imputables a un mismo autor (o autores), que será la parte demandada y iii) una relación de causalidad próxima y determinante entre el hecho o hechos atribuibles al demandado y la lesión o daño antijurídico sufridos por los miembros del grupo. En este punto, la Sala considera que la segunda de las posturas sostenida por la Corporación desborda el contenido de lo previsto en los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, toda vez que en esas disposiciones se señala que la uniformidad se predica respecto de la causa del perjuicio, cuestión que no incluye la atribución de los hechos dañosos a un determinado sujeto, pues esta cuestión corresponde a un análisis propio de la imputación del daño y no del elemento previo de la determinación del grupo. Por esta razón, no será acogida como la tesis jurisprudencial unificada sobre la materia. En otras palabras, como criterio de identificación del grupo no puede tenerse en cuenta la imputación o atribución de los hechos a los demandados, por cuanto este es un elemento propio del juicio de responsabilidad, una vez constatada la existencia y magnitud del daño

acreditado por el grupo demandante. Para que sea procedente una acción de grupo es necesario que la misma permita la decisión unitaria de la controversia y para ello se requiere la existencia de aspectos de hecho o de derecho comunes (condiciones uniformes) entre los miembros del grupo. No se trata de que las situaciones particulares de todos los miembros del grupo sean idénticas o iguales, pues es claro que pueden resultar perjuicios o daños disímiles en cuanto a su modalidad e intensidad (tanto el quantum como la modalidad: patrimoniales, morales, etc.), sino que es necesario que entre las mismas exista un común denominador o núcleo que pertenece o se extiende a todos ellos, derivado de la conducta dañina del demandado. Dicho esto, procede la Sala a unificar la jurisprudencia de la Corporación sobre los criterios a partir de los cuales

se determinan los miembros de un grupo. [...] Ahora bien, en relación con el establecimiento de criterios uniformes para la individualización de los miembros del grupo, la Sala considera pertinente precisar que, dada la multiplicidad de situaciones y daños que pueden alegarse en la acción de grupo, resulta inviable identificar todos los criterios para la identificación de sus miembros, toda vez que esta cuestión dependerá en cada caso particular de las circunstancias específicas en que se ocasionó el daño cuya reparación se pretende, con la salvedad de que a cada persona, en aplicación de la carga de la prueba prevista en el artículo 177 del CPC -art. 167 CGP- que pretenda integrarse en el respectivo grupo, le corresponderá acreditar que sufrió un daño antijurídico derivado de la misma causa compartida por el grupo, así como demostrar su causalidad.”

UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / INDEMNIZACIÓN COLECTIVA EN LA ACCIÓN DE GRUPO (LEY 142 DE 1998) – Cálculo y alcance / IMPOSIBILIDAD DE DETERMINAR EL VALOR DE LOS PERJUICIOS INDIVIDUALES – Para efectos del reconocimiento de la indemnización colectiva / TASACIÓN DEL PERJUICIO INDIVIDUAL PARA LOS MIEMBROS DEL GRUPO – Alcance

Problema jurídico 2: *¿Cuál debe ser el tratamiento de la indemnización colectiva de la Ley 142 de 1998, en materia de acción de grupo?*

Tesis 2: “El artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que la sentencia que acoja las pretensiones incoadas en la acción de grupo dispondrá, entre otros, del reconocimiento de una indemnización colectiva que contenga la suma ponderada de las indemnizaciones individuales. En cumplimiento de ese precepto normativo, y en atención al objeto y propósito que tiene la acción de grupo en el ordenamiento jurídico colombiano, el Consejo de Estado ha sostenido que [...] la indemnización colectiva no se reconoce a partir de asignaciones abstractas a un conglomerado de personas, sino que debe estar compuesta por la sumatoria de los valores a reconocer a cada miembro del grupo, según sea la tasación de los respectivos perjuicios. Sin embargo, hay eventos en los que, a pesar de encontrarse acreditado el acaecimiento de un daño antijurídico, no es posible determinar el valor de los perjuicios individuales, dada la ausencia de pruebas que demuestren el quantum indemnizatorio, debido a la imposibilidad o alta dificultad de su acopio. La Sala resalta que el punto de derecho fue abordado en la sentencia del 1° de octubre de 2019, proferida en el expediente 05001-23-31-000-2003-03502-02 (AG) REV, mediante la cual se resolvió una revisión eventual. En la providencia en comentario, luego de hacer un detallado recuento de los antecedentes jurisprudenciales aplicables, se precisó que la indemnización colectiva de que trata el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, corresponde a la sumatoria del

perjuicio liquidado para cada uno de los miembros del grupo -incluyendo los que estimativamente se considere que concurrirán luego de haberse proferido el fallo- y se indicó que no es estrictamente necesario que todos los miembros del grupo acrediten los perjuicios sufridos individualmente a efectos de liquidar su indemnización, siempre que existan elementos objetivos que permitan efectuar la respectiva tasación. [...] En relación con estas consideraciones, la Sala Especial de Decisión expresamente señaló que el fallo se limitaba a verificar “el estado de la jurisprudencia sobre los temas de selección y descart[ó] la necesidad de unificar jurisprudencia sobre ellos, en tanto no encuentra criterios dispares de las diferentes Salas, Secciones o Subsecciones de la Corporación al respecto”. La Sala comparte ese criterio, dado que, en la sentencia en comentario, proferida el 1° de octubre de 2019, se efectuó un acucioso recuento jurisprudencial en torno al tratamiento de la indemnización colectiva en acciones de grupo, en el que se concluyó que los pronunciamientos de la Corporación son unívocos en señalar que aquella corresponde a la sumatoria de los perjuicios que individualmente se tasan para cada miembro del grupo, razón por la cual se considera innecesario dictar una sentencia de unificación al respecto, dado que no existe disparidad de criterios sobre el punto de derecho puesto a consideración de la Corporación en sede de revisión eventual. Ahora bien, en lo relativo a la liquidación del perjuicio individual, vale la pena destacar que, una lectura de esas mismas providencias permite concluir que la Corporación ha aceptado que, para efectos de tasar el perjuicio

individual para los miembros del grupo, se puede acudir al criterio de la equidad consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, siempre que la prueba de los perjuicios resulte imposible o se carezca de elementos objetivos para la tasación de la indemnización”.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la indemnización colectiva del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de octubre de 2019, Rad. 05001-23-31-000-2003-03502-02(AG)REV, M.P. Ramiro Pazos Guerrero

DEFENSORÍA DEL PUEBLO – Naturaleza jurídica y función principal / DEFENSORÍA DE PUEBLO – Naturaleza y alcance de su competencia como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL – Competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos son administrativas

Problema jurídico 3: *¿Cuál es la naturaleza de las competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos?*

Tesis 3: “[S]e tiene que los artículos 281, 282, 283 y 284 de la Constitución Política crean a la Defensoría del Pueblo como un ente autónomo administrativa y presupuestalmente, que hace parte del Ministerio Público y cuya función principal es la promoción, ejercicio y divulgación de los Derechos Humanos en el territorio colombiano. A su vez, la Ley 472 de 1998, que desarrolla el artículo 88 constitucional, en su artículo 70 crea el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos y en el artículo 72 se le otorga la administración de este fondo a la Defensoría del Pueblo con el fin de que se cumplan

con las funciones consagradas en el artículo 71 de la misma ley [...]. De esta forma, es claro que la entidad competente para expedir el acto administrativo que reconoce el pago de la indemnización en el caso de una sentencia de acción de grupo condenatoria, es la Defensoría del Pueblo, específicamente, la Oficina Jurídica de dicha entidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 10 del Decreto 025 de 2014. [...] [P]ara la Sala no existe discusión respecto del carácter eminentemente administrativo de las competencias de la Defensoría del Pueblo como administradora del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, por lo que su labor debe limitarse únicamente a asegurar el cumplimiento de la obligación indemnizatoria fijada por la sentencia condenatoria dentro del marco de sus funciones”.

CRITERIOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS INMATERIALES EN FAVOR DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Unificación jurisprudencial

Problema jurídico 4: *¿Cuáles son los criterios para el reconocimiento de perjuicios inmateriales en favor de sujetos de especial protección constitucional?*

Tesis 4: “De esta manera, señalados los parámetros bajo los cuales la jurisprudencia actualizada del Consejo de Estado reconoce daños inmateriales, la Sala unifica la jurisprudencia de esta Corporación, i) con base en el criterio reiterado, pacífico y consolidado, según el cual el reconocimiento de las tres tipologías de daño inmaterial está sujeto a que se pruebe el mismo junto con sus características de cierto, personal y directo; ii) frente al reconocimiento de las tipologías de daño moral y daño a la salud, el hecho de que un sujeto de especial protección constitucional intervenga no es un criterio

determinante a la hora de examinar si se causó el daño, puesto que en todo caso, se debe demostrar su correspondiente afectación en las esferas que estas tipologías protegen; por el contrario, iii) al momento de reconocer la tipología de bienes constitucional y convencionalmente protegidos, la situación de vulnerabilidad del sujeto de especial protección constitucional hace que el juez competente deba evaluar si se violó un interés jurídicamente protegido tanto por el ordenamiento jurídico nacional como por los instrumentos de derecho internacional aplicables al caso, por último, iv) cuando se trate de una acción de grupo, el reconocimiento de estos perjuicios estará ligado a que la persona sea reconocida, en las oportunidades previstas por la Ley 472 de 1998, como integrante del grupo demandante”.

[Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia de unificación jurisprudencial del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, radicación 76001-23-31-000-2002-04584-02\(AG\)REV-SU](#)

Salvamento parcial de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / RECONOCIMIENTO DE HONORARIOS EN FAVOR DE LOS ABOGADOS DE LAS VÍCTIMAS DEMANDANTES – Es desproporcionado e inequitativo que reciban suman superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño / RECONOCIMIENTO EXCESIVO DE HONORARIOS – Afecta la reparación integral de las víctimas**

Problema jurídico: *¿Es proporcional y equitativo que los abogados del grupo demandante reciban suman superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño reconocido en la acción de grupo?*

Tesis: “Fundamentalmente, mi desacuerdo radica con el reconocimiento de honorarios, dispuesto en el ordinal décimo primero de la parte resolutive [...]. Por fortuna, la sentencia examinó la conducta del abogado coordinador para concluir que sus prácticas desleales y contrarias a la lealtad procesal impedían el reconocimiento de honorarios del 10 % de la indemnización que obtuvo cada miembro del grupo que no haya sido representado judicialmente. Que, por el contrario, procedía la reducción de honorarios, del 10 % al 3 %. Aunque comparto los anteriores argumentos, considero que la ponderación e interpretación del numeral 6 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, debió utilizarse para limitar, en sus justas proporciones, el reconocimiento de honorarios. [...] A mi juicio, es desproporcionado e inequitativo que los abogados del grupo demandante reciban suman superiores a la indemnización reconocida a cada víctima directa del daño. Desde luego, reconozco que el problema está en el artículo 65-6 de la Ley 472, cuya aplicación trae este tipo de

consecuencias, que se revelan inequitativas e injustas. Empero, el Consejo de Estado, como cualquier otro juez, tiene potestades para prevenir este tipo de situaciones y lograr que sea real la justicia de la sentencia y, por ejemplo, en el caso, pudo inaplicar esa norma para reconocer los honorarios merecidos, que, como se sabe, necesariamente deben atender a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los abogados demandantes, tal como lo prevé el artículo 393 CPC, cuyo contenido es similar al artículo 366 CGP. Es más, como los honorarios hacen parte del concepto de agencias en derecho, la sentencia también pudo aplicar las tarifas del Consejo Superior de la Judicatura (Acuerdo PSAA 16-101554 del 5 de agosto de 2016). Por último, considero que la sentencia debió tener en cuenta que, en materia de responsabilidad extracontractual, rige el principio de reparación integral del daño, según el cual se debe indemnizar el daño causado, solamente el daño causado y nada más que el daño causado. El reconocimiento excesivo de honorarios afecta la reparación integral de las víctimas, pues la suma reconocida de más a los abogados podría hacer parte del monto dispuesto para la indemnización individual de quienes sufrieron el daño, como consecuencia del vertimiento de sedimentos al río Anchicayá”.

[Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia de unificación jurisprudencial del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, radicación 76001-23-31-000-2002-04584-02\(AG\)REV-SU, S.P.V. Julio Roberto Piza Rodríguez](#)

[Aclaración de voto de la consejera Nubia Margoth Peña Garzón](#)**ACLARACIÓN DE VOTO / CRITERIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE GRUPO DEL CASO CONCRETO – La sentencia no los delimitó con la especificidad requerida / IDENTIFICACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LOS MIEMBROS DEL GRUPO QUE PRESENTEN RECLAMACIONES – Reglas**

Problema jurídico: *¿Se delimitaron, con la especificidad requerida, los criterios para que la Defensoría del Pueblo pueda identificar los miembros del grupo que presenten reclamaciones?*

Tesis: “Si bien se concluyó que “[...] Todas las personas asentadas en la ribera del río Anchicayá

durante los años 2001 y 2002, que demuestren haber sufrido un perjuicio por cuenta del vertimiento de sedimentos realizado por la EPSA [...]”, son beneficiarias de la indemnización de perjuicios declarada, tal determinación no delimitó, con la especificidad requerida, los criterios para el cumplimiento de las funciones administrativas que le

corresponden a la Defensoría del Pueblo, cuando acudan las personas que se sumen al grupo y deban acreditar que padecieron los daños antijurídicos comprobados y reconocidos mediante el fallo. En efecto, si bien es cierto, se estableció que quienes presenten reclamaciones para hacerse parte del grupo “deberán demostrar por cualquier medio idóneo que durante los años 2001 y 2002 residieron o laboraron en la zona afectada por el vertimiento de lodos y que se vieron perjudicados por el mismo. Por tanto, es posible aportar facturas de algún servicio público domiciliario, contrato que demuestre la condición de arrendatario, permiso de pesca comercial artesanal, permiso de comercialización de productos pesqueros, certificado de afiliación o desafiliación de embarcaciones, títulos de propiedad individual o colectiva, facturas de venta de pescado, facturas de compra de elementos idóneos para realizar la actividad pesquera y contratos de alquiler de lancha o algún otro medio de transporte fluvial

idóneo para realizar la actividad pesquera”, también lo es que esta alusión fue a título de ejemplo, y respecto de diversas situaciones fácticas para el reclamo de la condena, no así, para el señalamiento de las reglas que incluyeran: i) la delimitación del área de afectación, esto es, frente a la franja del río que sufrió el vertimiento; ii) las condiciones de la prueba para acreditar la “RESIDENCIA” o la situación “LABORAL” en la zona, pues si bien es válido la libertad probatoria, debieron establecerse las características de concurrir en una de estas condiciones, y iii) el plazo para aportar las pruebas a efectos de ser cobijado con la indemnización. Ante estas determinaciones, resultaba necesario establecer tales reglas para no dejar en manos de la Defensoría del Pueblo la identificación de las mismas, las que debían constituir la definición “clara y explícita de todos los elementos de la obligación indemnizatoria” como referente y marco de la decisión que se unificó”.

[Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia de unificación jurisprudencial del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, radicación 76001-23-31-000-2002-04584-02\(AG\)REV-SU, A.V. Nubia Margoth Peña Garzón](#)

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

ACLARACIÓN DE VOTO / CRITERIOS QUE DEBERÍA TENER EN CUENTA LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO AL MOMENTO DE EXPEDIR EL ACTO QUE RECONOCE EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN – Requería mayor profundización y claridad

Problema jurídico 1: *¿Se delimitaron, con suficiente profundización y claridad, los criterios que debería tener en cuenta la Defensoría del Pueblo al momento de expedir el acto que reconoce el pago de la indemnización a los miembros del grupo?*

Tesis 1: “Si bien dentro de la sentencia se alude de los criterios que se deben tener en cuenta para que la Defensoría del Pueblo pueda expedir el acto que reconoce el pago de la indemnización tratándose de la acción de grupo, considero que debió especificarse cómo el juez puede individualizar a los beneficiarios de las indemnizaciones, cuáles criterios se tendrán en cuenta para ello, cuál es la oportunidad para acreditarlo, pues, de lo contrario, en realidad no se estaría unificando jurisprudencia sino haciendo una clarificación del contenido de diferentes sentencias en los que se han analizado los mentados criterios a

la luz de la particularidad de los respectivos casos. En esa línea, estimé útil que la entonces ponencia de fallo señalare: (a) los elementos probatorios básicos con los que la Defensoría del Pueblo se puede guiar para la emisión de su acto ante solicitudes de sujetos que no fueron parte dentro de la acción de grupo; (b) el tiempo que se tiene para que estos sujetos puedan acreditar su legitimación. Todo ello no implica, per se, una limitación al ámbito de competencia que tiene la Defensoría en esa materia, y aunque el artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que una vez efectuada la publicación de la sentencia y ejecutoriado el auto de obedézcase y cúmplase, los interesados disponen de un plazo de 20 días para solicitar la correspondiente indemnización ante dicha autoridad, no hubiera estado de más que en la providencia se aludiera este término”.

ACLARACIÓN DE VOTO / CRITERIOS QUE PERMITEN EL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES A FAVOR DE SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL – Requería mayor profundización y claridad

Problema jurídico 2: *¿Se delimitaron, con suficiente profundización y claridad, los criterios que permiten el reconocimiento de perjuicios morales a favor de sujetos de especial protección constitucional?*

Tesis 2: “Aunque la providencia cuenta con un apartado propio en relación con el eje temático aquí señalado, no puede perderse de vista que las comunidades indígenas, raizales y negras, cuentan con una cosmovisión propia sobre su territorio, por lo que, respetuosamente solicité se tuviera en cuenta que, tratándose de daños ambientales, esto guarda una intrínseca relación con las citas evocadas en el hoy fallo y, ese criterio diferenciador es lo que permitiría al juez de la acción de grupo tener un punto de inflexión con asuntos dictados dentro de supuestos generales poblacionales y grupales, para dar viabilidad a la aplicación de presunciones del daño moral inmaterial al provenir de una afectación o vulneración de sus derechos constitucionales especiales, en razón a la etnia. Así las cosas, los ejemplos referidos por los que no se accedió a ello,

considero que no guardaban relación con la particularidad de este caso y es que, en ninguno de esos casos, aun cuando hubo una afectación al medio ambiente, los directamente vulnerados con esta situación pertenecían a las mentadas comunidades. [...] debe entenderse que el arraigo a su identidad cultural a través de su autorreconocimiento, cuya manifestación se puede ver reflejada en pertenecer a determinada comunidad dentro de los grupos especiales reseñados, siempre que se hubiere demostrado su constitución de manera previa al acaecimiento del suceso catastrófico, podría otorgarle la presunción de este perjuicio sin que ello desnaturalice la figura de la acción de grupo pues, incluso en la misma sentencia refiere, lo que se busca es un resarcimiento colectivo a los afectados, y con ello la jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo esté alineada armónicamente con los preceptos constitucionales planteados tanto en la Carta Política como en su juez natural supremo, de cara a la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural”.

[Consejo de Estado, Sala Primera Especial de Decisión, sentencia de unificación jurisprudencial del 10 de junio de 2021, C.P. María Adriana Marín, radicación 76001-23-31-000-2002-04584-02\(AG\)REV-SU, A.V. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez](#)

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

ASUNTOS CONSTITUCIONALES

ACCIONES DE TUTELA

1. Se reitera que se incurre en defecto por desconocimiento del precedente cuando no se tienen en cuenta las excepciones al principio de inembargabilidad de recursos públicos establecidas por la Corte Constitucional

Síntesis del caso: *El Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedieron a la reliquidación de la pensión de jubilación de la tutelante. La accionante presentó demanda ejecutiva contra la UGPP, con el fin de que se librara mandamiento de pago por concepto de intereses moratorios derivados de la sentencia declarativa de condena y se decretara el embargo de las cuentas de ahorros y corrientes de la entidad. El Juzgado 50 Administrativo de Bogotá, mediante auto de 13 de septiembre de 2019, negó el decreto de la medida cautelar. Apelada la decisión, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en proveído de 2 de julio de 2020 confirmó la decisión.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / PROCESO EJECUTIVO / PAGO SENTENCIA JUDICIAL / MEDIDA CAUTELAR / EMBARGO DE LOS RECURSOS DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN / EXCEPCIONES A LA INEMBARGABILIDAD DEL PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN

Problema jurídico: *“¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección A, al expedir la providencia de 2 de julio de 2020, ¿mediante la cual confirmó la decisión que negó el decreto de las medidas cautelares de embargo solicitadas para garantizar el pago de los intereses moratorios adeudados a la accionante, desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de excepciones al principio de inembargabilidad de recursos públicos?”*

Tesis: “[E]n la sentencia C-1154 de 2008, la Corte Constitucional estableció tres excepciones a la regla general de inembargabilidad de recursos públicos incorporados al Presupuesto General de la Nación, (...) dispuso que los recursos del Presupuesto General de la Nación podrían ser embargados, cuando se trata de: 1. Créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. 2. El pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los

derechos reconocidos en dichas providencias. 3. Títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible (...) [S]e colige que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca obedeció, únicamente, al análisis de los artículos 593 y 594 del Código General del Proceso, a partir de lo cual precisó la imposibilidad de decretar medidas de embargo sobre recursos provenientes del presupuesto general de la Nación, y concluyó que el pago de las sentencias está garantizado a través de los rubros destinados en cada vigencia presupuestal. (...) [E]s claro para la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en desconocimiento del precedente constitucional relacionado con las excepciones al principio de inembargabilidad de recursos públicos, lo que, como bien lo señaló la Sección Cuarta de esta corporación, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la accionante”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 10 de junio de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 11001-03-15-000-2020-04268-01\(AC\).](#)

2. Los cambios de velocidad de la jurisprudencia deben respetar unos mínimos con relación al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia

Síntesis del caso: *Se presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Casanare que revocó la sentencia de primera instancia dentro del medio de reparación directa y declaró la caducidad del medio de control, con fundamento en la nueva postura jurisprudencial definida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. En sede de tutela, se amparó el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia en razón a dos argumentos. Primero, se estableció un límite a los efectos derivados de los cambios de velocidad de jurisprudencia, pues a un presupuesto básico como el de la caducidad no se le puede aplicar de manera retroactiva los efectos de una sentencia de unificación. A los demandantes debe respetárseles ese mínimo procesal, de acuerdo con la normativa vigente al momento de presentación de la demanda. Segundo, a juicio de esta Corporación, se desconoció el precedente de convencionalidad, en particular, el caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, en tanto que los hechos que motivaron la demanda constituyeron presuntamente delitos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA EN DELITOS DE LESA HUMANIDAD O GRAVES VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / EFECTOS DE LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES / IRRETROACTIVIDAD DE LOS GIROS JURISPRUDENCIALES CUANDO SE ALTERAN LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – Límite ante los cambios de velocidad de la jurisprudencia / DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE DE CONVENCIONALIDAD – Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile

Problema jurídico: *[[L]]la Sala deberá determinar si revoca, confirma o modifica la providencia de 26 de octubre de 2020, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, mediante la cual negó las pretensiones de la acción de tutela. Para ello se deberá establecer si en la providencia de 12 de marzo de 2020 de 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Casanare revocó la sentencia de primera instancia y declaró probada la excepción de caducidad, la autoridad accionada incurrió en los defectos invocados en la acción de tutela.*

Tesis: “[En las razones de reproche contra el fallo de primera instancia los actores insistieron en la postura jurisprudencial de esta Corporación vigente al momento en que presentaron la demanda ordinaria, en la que se inaplicaba el término de caducidad cuando se trataban asuntos relacionados con delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, categorías en las que se enmarcan los hechos de los que fueron víctimas los antes mencionados. (...) [E]sta Sala considera que, al aplicar de manera retroactiva la postura judicial emulada por la Sección Tercera en enero de 2020, en la que se dijo que el juzgamiento de la responsabilidad del Estado por hechos constitutivos de crímenes o por la comisión de delitos de lesa humanidad sí estaba sometido a un término

de caducidad, sin tener en cuenta el momento en que la controversia fue planteada ante el juez natural de la causa, alteró un presupuesto procesal de la acción e impidió el acceso a la administración de justicia de quienes reclamaron con anterioridad a la inauguración de dicha postura el reconocimiento de perjuicios derivados del daño ocasionado por delitos de lesa humanidad. (...) No resulta admisible y respetuoso de los derechos a la igualdad, acceso a la administración de justicia y al principio de la reparación integral que los hechos y pretensiones que fueron planteados por los demandantes en el medio de control de reparación directa desde el 20 de junio de 2014 y frente a los cuales hubo una decisión de fondo en primera instancia desde el 15 de febrero de 2019, hayan sido vulnerados a raíz de la inhibición de la autoridad accionada con fundamento en una providencia reciente que modificó la postura hasta entonces predominante sobre la aplicación de la figura de la caducidad en reclamaciones relacionadas con daños derivados por delitos de lesa humanidad. La sentencia cuestionada aplicó de manera retroactiva una providencia que conllevó un cambio de velocidad de la jurisprudencia en materia procesal y a partir de tal posición restringió el derecho de acceso a la administración de justicia de los actores. (...) [P]ara la Sala es preciso agregar que le asiste razón a la parte actora en cuanto señaló que en este caso también se desconoció el precedente de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos contenido en la sentencia de 29 de noviembre de 2018, proferida en el caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile, precedente que resulta vinculante para el juez administrativo por tratarse de la interpretación autorizada de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad. (...) [S]e observa con claridad que en esa decisión la CIDH fue enfática en señalar que las reglas de imprescriptibilidad en materia penal en estos casos tienen plena aplicación en otras acciones judiciales en cuanto se justifican en la obligación del Estado de reparar, sin que dicho deber dependa del tipo medio de control que se ejerza. (...) Bajo ese entendido, la autoridad judicial accionada no podía apartarse del precedente convencional ni desconocer el estándar

mínimo de efectividad del artículo 25.1 de la Convención fijado por la CIDH en el Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile. (...) Para la Sala no hay duda que, en este caso, se incurrió en desconocimiento del precedente alegado, no solo porque se aplicó una postura jurisprudencial que afectó un presupuesto procesal como el de la caducidad del medio de control que no puede ni debe verse afectado con los cambios repentinos de la jurisprudencia, sino porque también se omitió por parte de la autoridad judicial accionada la realización del control de convencionalidad al que estaba llamada, pues como se ha explicado hasta este punto los hechos que originaron la demanda constituyeron presuntamente delitos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 30 de abril de 2021, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación 11001-03-15-000-2020-04068-01\(AC\).](#)

3. La falta de entrega de ayudas humanitarias a las comunidades étnicas destinadas a mitigar los efectos de la COVID 19 amenaza sus derechos fundamentales

Síntesis del caso: *El Procurador Delegado Para Asuntos Étnicos, dependencia de la Procuraduría General de la Nación, y actuando como agente oficioso de los pueblos indígenas; las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, así como del pueblo rom – solicitó el amparo de los derechos a: la vida, la salud, la igualdad, la integridad, la dignidad humana, la no discriminación, la diversidad étnica y cultural, la supervivencia de sus pueblos, los fundamentales de los menores y la tercera edad y al mínimo vital, de los que son titulares sus agenciados. Tales garantías las consideró vulneradas por las entidades accionadas con ocasión de los efectos que esas comunidades han experimentado con motivo de la pandemia. Con sustento en lo siguiente: Aseveró que ha hecho seguimiento a la entrega de las asistencias humanitarias a los grupos étnicos, creadas para enfrentar la crisis originada por la pandemia. A este respecto, señaló que es necesario adoptar medidas especiales para las entregas en los territorios alejados. Para ello, el 8 de abril de 2020 envió, junto con la Defensoría del Pueblo, un oficio al Ministerio del Interior en el que solicitó que las ayudas lleguen directamente a las comunidades. Sin embargo, acusó que no obtuvo respuesta alguna. En concreto, denunció que un ochenta por ciento (80%) de los territorios étnicos no ha recibido las ayudas en cita, los mercados ni los kits de bioseguridad requeridos. Refirió que durante el tiempo de emergencia social se ha incrementado el asesinato de líderes y autoridades étnicas. En su concepto, la seguridad brindada por la UNP ha sido deficitaria, inoportuna, insuficiente e ineficaz, pues son numerosos los asesinatos de autoridades, comuneros y líderes de los pueblos étnicos en el Cauca, Nariño, Putumayo, Guajira y Chocó, entre otros departamentos. Afirmó que los indígenas del Amazonas presentan el mayor índice de contagio en el país y no cuentan con el sistema de salud apropiado. Al respecto, indicó que los primeros en recibir atención deben ser los más vulnerables. Además, señaló que llegar de último a quienes más lo necesitan es una distorsión de la gestión pública. Trajo las cifras del Departamento Nacional de Estadística (DANE) sobre la cantidad de habitantes reconocidos como población indígena, afrocolombiana, raizal y palenquera. En particular, advirtió que esa población se encuentra en situación de pobreza multidimensional y en riesgo de contagio y muerte masiva por el Covid-19. Finalmente, anexó un listado de solicitudes que ha radicado ante las autoridades accionadas e indicó que, con su falta de contestación, se ha vulnerado su derecho fundamental de petición.*

ACCIÓN DE TUTELA / PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN / DELEGADO PARA ASUNTOS ÉTNICOS / AGENTE OFICIOSO – Ministerio Público / GRUPOS ÉTNICOS / PANDEMIA / COVID 19 / MEDIDAS DIRIGIDAS A MITIGAR LOS EFECTOS DE COVID 19 / AYUDAS HUMANITARIAS DESTINADAS A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS – Situación de amenaza de los derechos derivada de la falta de entrega / ORDEN DE TUTELA EN PRIMERA INSTANCIA – Dirigida a que se cumplan las medidas que fueron adoptadas por las mismas autoridades accionadas / POLÍTICA PÚBLICA – Orden de tutela no estuvo dirigida a establecer políticas o medidas concretas, sino a la realización de aquellas que las mismas entidades accionadas ya habían adoptado / PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA – Entre las autoridades accionadas en cumplimiento de las funciones de cada una / VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Problema jurídico 1: *¿Acertó el a quo al encontrar que hubo deficiencias y demoras en la entrega de las ayudas humanitarias, destinadas a los integrantes de las comunidades agenciadas en este proceso, para mitigar los riesgos ocasionados por la situación de pandemia que enfrenta el país?*

Tesis 1: [L]a Procuraduría General de la Nación, a la luz de lo dispuesto en el artículo 277 Superior, tiene a su cargo la protección de los derechos humanos y el aseguramiento de su efectividad, así como la defensa de los intereses de la sociedad. De otra parte, la oficina delegada en comento es responsable de proteger a las comunidades étnicas del país, en su condición de vulnerabilidad histórica. En resumen, si el citado funcionario está compareciendo a este proceso (i) en uso de sus atribuciones y (ii) en calidad de agente oficioso, además, (iii) de comunidades históricamente vulnerables, es porque las circunstancias fácticas que vino a exponer revisten gravedad y requieren la atención que no logró ante las accionadas a pesar de las prerrogativas de las cuales goza como procurador. (...) Revisado el proveído impugnado y contrastado con las pruebas allegadas al presente proceso y con los argumentos traídos por las entidades inconformes, la Sala encuentra que el a quo acertó en la solución del problema jurídico bajo estudio. En específico, la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el estudio de fondo que la justificó fueron adecuados para resolver la acción de tutela instaurada por la Procuraduría General de la Nación, a través de su delegado para asuntos étnicos. La orden bajo examen, en efecto, estuvo dirigida a que se cumplan las medidas que fueron adoptadas, es más, por las mismas autoridades accionadas en relación con las ayudas humanitarias. En ese orden de ideas, la Subsección avizora que el fallador de primera instancia no se inmiscuyó en cuestiones atinentes a la política pública, sino que se percató de la amenaza a los derechos derivada de la situación relacionada con la falta de entrega de ayudas. De hecho, el a quo se basó en el material probatorio que daba cuenta de inconsistencias en los informes rendidos por las

entidades accionadas. De ello mismo se derivó que el tribunal ordenara atender una amenaza. Del material recaudado, en suma, es posible evidenciar que, en su momento, se configuró la amenaza en comento. A ello se une que el aumento en los esfuerzos del que hablan las entidades impugnantes en sus memoriales solo tuvo lugar con motivo de las órdenes dadas por el citado fallador. Esto último confirma que la situación iusfundamental hallada fue tan cierta, que el juez de primera instancia tuvo que intervenir por medio de la providencia objeto de inconformidad. Al respecto, el a quo fue claro al ordenar que se desplegaran un conjunto de actuaciones de forma articulada y en cumplimiento de las funciones de cada autoridad. Ello no equivale a, como lo señala uno de los impugnantes, desconocer los límites funcionales de cada entidad. Antes bien, así lo exigen las circunstancias traídas por la parte actora y lo permite el principio general de colaboración armónica, que no es solo entre ramas, sino también entre entes de una misma rama del poder público. El tribunal de origen, de hecho, fue fiel al momento de consultar que esas actuaciones articuladas ya habían sido previstas, solo que requerían materialización urgente. En ese sentido, se reitera que la orden no estuvo dirigida a establecer políticas o medidas concretas, sino a la realización de aquellas que las mismas entidades ya habían adoptado. Ello equivale a ordenar que esos entes materializaran sus propios programas, ante la situación de necesidad que había sido corroborada por el a quo. Por último, debe señalarse que no es suficiente que una autoridad afirme que ya está cumpliendo con lo ordenado por el juez de tutela. Esta Corporación ha sido enfática al reprochar, como juez del amparo o del incidente de desacato, cuando ocurren materializaciones parciales de órdenes de esta índole y al exigir que el ente accionado pruebe suficientemente el cumplimiento que afirma. En efecto, la referida amenaza quedó comprobada durante el trámite de este proceso, situación que solo empezó a atenderse con motivo de esas órdenes. De ese modo, es evidente que las decisiones protectoras adoptadas por el tribunal de origen eran necesarias. A ello se une,

se repite, que los impugnantes tampoco se esforzaron por demostrar que las poblaciones étnicas agenciadas han venido siendo atendidas. En sentido diferente, esos memorialistas solo se preocuparon

por manifestar su desacuerdo con el fallo de primera instancia, proferido dentro de este proceso constitucional.

LÍDER ÉTNICO / DEFENSOR DE LOS DERECHOS HUMANOS / MEDIDAS DE SEGURIDAD Y PROTECCIÓN – Ante la falta de evaluación definitiva no se han adoptado / EVALUACIÓN DE RIESGO – Dilación injustificada / OBLIGACIÓN DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DE ATENDER LAS SOLICITUDES DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y EVALUAR EL RIESGO – A quien corresponde materializar la orden de tutela / UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN – Adscrita al Ministerio del Interior / MINISTERIO DEL INTERIOR – Le corresponde ejercer un papel de liderazgo e impulso administrativo/ PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA

Problema jurídico 2: *¿Acertó el a quo al hallar que los líderes [M.Q.], [Y.E.] y [G.S.] están siendo desatendidos por la UNP, a pesar de que esa entidad tiene a cargo su seguridad, toda vez que han sido objeto de reiteradas amenazas contra su vida?*

Tesis 2: El a quo, al momento de fallar, encontró que, en lo que concierne a [M.Q.] y [Y.E.] y, la UNP se limitó a afirmar que evaluaría su respectiva situación de seguridad debido a que situaciones sobrevinientes así lo requieren. Sin embargo, no informó cuándo se va a efectuar tal valoración. A ello agregó que una evaluación preliminar ya se realizó; pero la definitiva, y más importante, todavía no se había hecho. De ahí concluyó que la entidad accionada había incurrido en dilaciones injustificadas que comprometían la seguridad de las dos mencionadas personas, quienes son, en su orden, líderes étnicos y defensores de los derechos humanos. Por último, estimó que el caso de [G.S.] también debe ser reevaluado debido a la ocurrencia de hechos sobrevinientes que así lo ameritan. El Ministerio del Interior, en su impugnación, se refirió de nuevo a las competencias de esa cartera. Sobre tal particular, indicó que las funciones pertinentes a la seguridad de las personas individualizadas arriba están a cargo de la UNP y no del Ministerio. Es esa entidad, recalcó, la que debe valorar los riesgos que se le presentan a los líderes identificados. Por último, precisó que el Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendación de Medidas (CERREM) es una mesa de trabajo interinstitucional a la cual no se le deben asignar las tareas que están a

cargo de la UNP. Tal como lo encontró el a quo, el material de convicción hallado en el plenario no da cuenta de que la UNP haya tomado las medidas pertinentes para atender los reclamos hechos por los líderes [M.Q.], [Y.E.] y [G.S.]. De hecho, la entidad, en sus informes, no aportó prueba suficiente que dé a entender que evaluó la situación reciente y tomó medidas, igualmente, recientes para proteger a las referidas personas. En sentido contrario, la misma autoridad cuenta en sus memoriales que hay valoraciones definitivas pendientes. Por tanto, las decisiones de protección no existen y, por ende, no se están materializando. Como no hay controversia de lo que señalan los propios informes de la UNP, tampoco hay motivo alguno para revocar la orden bajo estudio. Esta, a contrario de lo dicho por el impugnante, recae sobre la UNP y llama la atención del Ministerio del Interior únicamente en lo que a este le compete, toda vez que la citada Unidad está adscrita a la referida cartera. De ese modo, corresponde al Ministerio accionado ejercer un papel de liderazgo e impulso administrativo, mientras que a la UNP concierne la materialización de la orden. En consecuencia, el Ministerio no puede evadirse del rol del cual se está hablando, pues este se halla implicado dentro del principio de colaboración armónica tratado en el anterior numeral. En efecto, la afinidad entre la UNP y el Ministerio permite que esta autoridad acoja a dicha Unidad bajo la figura de la adscripción, la cual no impide la autonomía de la que goce la entidad adscrita según su acto de creación y sí permite el liderazgo de la citada cartera.

VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PETICIÓN / FALTA DE PRUEBA DE LA RESPUESTA DEL DERECHO DE PETICIÓN / FALTA DE PRUEBA DE LA NOTIFICACIÓN DE LA RESPUESTA DEL DERECHO DE PETICIÓN

Problema jurídico 3: *¿Acertó el a quo al estimar que era necesario que el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud revisaran a fondo sus bases de datos, de tal manera que identificaran si había alguna solicitud radicada por el actor y sus agenciados en ejercicio de su derecho fundamental de petición, que*

estuviera pendiente de respuesta, a fin de darle la debida contestación?

Tesis 3: A su escrito de amparo, la Procuraduría General de la Nación adjuntó un documento titulado "ANEXO REQUERIMIENTOS". Allí relacionó las peticiones que ha radicado en pro de las

comunidades étnicas ya individualizadas. En concreto, puso de presente el desconocimiento de su derecho fundamental de petición. (...) El único impugnante que se refirió al punto de derecho bajo examen fue el Ministerio del Interior. Ese ente anotó que no dejó sin respuesta a las peticiones que la parte actora le radicó, motivo por el que pidió que se analizara de nuevo el expediente. Del expediente se observa que el Ministerio del Interior omitió adjuntar a su informe las respuestas que supuestamente brindó

a las inquietudes presentadas por la parte actora. Adicionalmente, tampoco adjuntó la prueba que indique que el peticionario recibió tales contestaciones. Esos dos hechos imponen confirmar la orden dada por el tribunal de origen, pues permiten aseverar que la entidad accionada no observó el término de oportunidad para rendir las respuestas extrañadas ni notificó a la parte interesada de sus supuestas contestaciones.

Salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO / ENTREGA DE AYUDAS HUMANITARIAS DESTINADAS A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS – Orden de tutela / COMPETENCIA DEL JUEZ DE TUTELA – Excedida / FALTA DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE TUTELA – Al invadir ámbitos propios de la gestión administrativa / PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES – Afectado / COMPETENCIA ADMINISTRATIVA – Invasión por el juez de tutela / SEPARACIÓN DEL PODER PÚBLICO - Es una garantía de la libertad y un instrumento para la eficaz gestión del ejercicio del poder público / INDEBIDA CONCENTRACIÓN DE FUNCIONES POR PARTE DEL JUEZ – La función jurisdicción y la administrativa

Problema jurídico: *¿Las órdenes impartidas van más allá de la competencia del juez del amparo?*

Tesis: Me aparto parcialmente de la decisión que se adoptó en la providencia del 30 de abril de 2021, en cuanto ordenó a las autoridades, encargadas de entregar ayudas humanitarias de emergencia a los grupos étnicos agenciados por la solicitante, proceder con esa labor de “inmediato”. A mi juicio, las órdenes impartidas no tuvieron en consideración las razones expuestas por las autoridades, al responder la tutela. Además, como van más allá de la competencia del juez del amparo -que se circunscribe a la protección de derechos fundamentales-, con ellas se invaden los ámbitos propios de la gestión administrativa, que están definidos en la ley. Una justicia extraviada en la Administración no solo contraviene la separación del poder público, sino que impide la adecuada ejecución de medidas administrativas. En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el

contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables. La separación del ejercicio del poder (art. 113 CN) no solo es una garantía de la libertad, sino un instrumento para la eficaz gestión del ejercicio del poder público. Los jueces no pueden simultáneamente ejercer funciones judiciales, administrativas y -en ocasiones- hasta legislativas. No solo porque se concentra el ejercicio del poder y se crea así una amenaza grave a la libertad, sino porque esa irrupción en ámbitos ajenos a sus competencias (constitucionales, legales o técnicas) tampoco contribuye al cumplimiento eficaz de los fines del Estado. En efecto, los jueces no están para formular políticas públicas, ni para controlar su ejecución, mucho menos, para decidir sobre las mejores alternativas de empleo de los limitados recursos del erario. Una buena gestión de lo público impone la división de las tareas no solo por razones políticas (principio de legalidad), sino para el logro de los resultados. Fines y medios son interdependientes en toda organización. Y la del Estado no es la excepción ¿o en el “nuevo constitucionalismo” el fin justifica los medios?

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 30 de abril de 2021, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, S.V.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación 25000-23-15-000-2020-01964-01\(AC\).](#)

4. Se vulneran los derechos fundamentales a la educación y de los niños, niñas y adolescentes, cuando se ordena el embargo de recursos provenientes del Sistema General de participaciones en Educación

Síntesis del caso: *Se presentó acción de tutela contra la decisión de embargo de recursos públicos provenientes del sistema general de participaciones en educación, por conducto del Juzgado Tercero Administrativo Oral de Riohacha, que si bien señaló que el asunto en cuestión no era objeto de embargo por no estar inmerso en las causales de excepción de embargabilidad de que trata el artículo 594 del CGP, terminó por embargar dichos recursos, lo que afectó la prestación del servicio de educación de niños, niñas y adolescentes. Los jueces de tutela, al revisar los hechos y las pruebas obrantes en el plenario, concluyeron que si bien la argumentación efectuada por la autoridad judicial demandada apuntó a que no se podían embargar dineros provenientes del sector educación y, más aún, al no estar la obligación contenida en una sentencia judicial, sino en un contrato; optó por decretar el embargo afirmando que la obligación se derivó de una sentencia judicial, con lo que se vulneró el principio de congruencia y, a su vez, se incurriera en un defecto sustantivo y un desconocimiento del precedente judicial sobre la inembargabilidad de recursos públicos.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Confirma y modifica orden de amparo / PROCESO EJECUTIVO / ORDEN DE EMBARGO SOBRE RECURSOS PÚBLICOS / AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD DE RECURSOS PÚBLICOS / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA EDUCACIÓN Y DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Problema jurídico: *[La Sala deberá] determinar si se configuró la vulneración de derechos fundamentales invocados por la Administración Temporal para el Sector Educativo en el departamento de La Guajira, Distrito de Riohacha, municipio de Maicao o Uribia, en el entendido de que la actuación endilgada afecta gravemente la prestación del servicio educativo de los niños, niñas y adolescentes de esa región, incluyendo a los niños Wayuu del municipio de Maicao, con la decisión de embargar recursos públicos provenientes del Sistema General de Participaciones en educación.*

Tesis: “[En el presente asunto,] la parte actora considera desconocido el artículo 63 de la Constitución Política, en punto a los bienes y recursos públicos son inembargables, con fundamento en lo cual, invoca el desconocimiento del precedente judicial de la Corte Constitucional, establecido en las sentencias C566 de 2003, C-1154 de 2008 y T-873 de 2012, en relación con la inembargabilidad de los recursos públicos, específicamente, los relativos a los recursos de la participación para educación del SGP. (...) [Ahora bien, observa la Sala que,] el juzgado, de entrada, determinó que no era procedente aplicar las excepciones de embargabilidad sobre bienes inembargables porque lo cobrado derivaba de un contrato y no de una sentencia y, además, dejó claro que tampoco procedía el embargo sobre recursos del Sistema General de participaciones. No obstante, en la misma providencia, pese a que ya había

determinado, se repite, que el cobro derivaba de un contrato y no de una sentencia judicial, “enfaticó” que el embargo procedía sobre bienes inembargables porque lo cobrado derivaba de una sentencia judicial. Tal determinación, condujo a que el banco BBVA terminara por embargar los dineros de la parte actora. En conclusión, si bien el juzgado demandado no acudió a las excepciones de embargabilidad de recursos inembargables, finalmente, con la decisión del numeral 3° antes transcrita, terminó por ordenar el embargo de estos. Adicional a lo anterior, debe decirse que el artículo 15 de la Ley 715 de 2001 consagra expresamente que los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones se destinarán a financiar la prestación del servicio educativo atendiendo los estándares técnicos y administrativos. (...) [En ese orden de ideas,] [r]esulta claro que el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Riohacha, en principio, no desconoció las normas que regulan lo concerniente a la inembargabilidad de recursos inembargables y del Sistema General de Participaciones para ejecutar medidas cautelares de embargo, empero, terminó por desconocerlo al incluir en el numeral tercero la orden de embargar recursos inembargables, lo cual conduce al desconocimiento de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes de la región, en lo que a la garantía al sistema educativo se refiere, precisamente por la afectación presupuestal a la que la medida conlleva. (...) Por todo

lo anterior, se impone modificar la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira el 2 de febrero de 2021, en el sentido de dejar sin efectos los autos proferidos por el Juzgado Tercero Administrativo de Riohacha el 5 de marzo y 2

de octubre de 2020 en el [referido] proceso ejecutivo (...) y, en consecuencia, ordenar que, en el término de 10 días contado a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva decisión conforme con lo expuesto previamente.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 20 de mayo de 2021, C.P. Milton Chaves García, radicación 44001-23-40-000-2021-00002-01\(AC\).](#)

5. Es viable la acumulación subjetiva de pretensiones en un proceso ordinario, siempre que concorra alguno de los requisitos normativos establecidos en el Código General del Proceso

Síntesis del caso: *Se presentó acción de tutela contra las decisiones de las autoridades judiciales accionadas, que dispusieron negar la acumulación subjetiva de pretensiones dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, al considerar que de los hechos expuestos y las pruebas allegadas al proceso, la situación de los accionantes difiere en cuanto al objeto de la demanda, por lo que al no reunirse la totalidad de los presupuestos expuestos en el artículo 88 del C.G.P., no era procedente decretar la acumulación subjetiva de pretensiones. Los jueces de tutela, luego de analizar la problemática planteada, concluyeron que la acumulación objetiva y subjetiva de pretensiones se presenta de manera distinta; es decir, en la acumulación objetiva se tienen que dar todos los presupuestos procesales indicados en la norma para que se pueda decretar, situación que no ocurre con la acumulación subjetiva, pues basta con que se de alguno de los elementos allí consagrados para que se pueda ordenar la respectiva acumulación. Así las cosas, se determinó, en sede de tutela, que las autoridades judiciales demandadas incurrieron en defecto sustantivo por indebida interpretación normativa del artículo 88 del C.G.P.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Ampara / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / AUTO QUE NIEGA ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE PRETENSIONES / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DIFERENCIA SALARIAL DEL SUBSIDIO FAMILIAR - Sobre un reajuste del 20% / DEFECTO SUSTANTIVO / INADECUADA INTERPRETACIÓN NORMATIVA / ACREDITACIÓN DE LA ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE PRETENSIONES - Siempre que se cumpla con alguno de los requisitos normativos

Problema jurídico: *[L]a Sala procederá a estudiar si las autoridades judiciales demandadas, al denegar la acumulación subjetiva de pretensiones, incurrieron o no en defecto sustantivo por indebida interpretación de los artículos 165 del CPACA y 88 del CGP.*

Tesis: “[L]a Sala coincide con la conclusión del juez de tutela de primera instancia, toda vez que, de la lectura literal de la norma, no se advierte que exija el cumplimiento de todos los requisitos. Es más, si se analiza de manera integral el artículo 88 [del C.G.P.], se puede observar que la primera parte de la norma, que regula acumulación objetiva señala que procederá “siempre que concurren los siguientes requisitos” mientras que en la acumulación subjetiva de pretensiones refiere que será procedente “en cualquiera de los siguientes casos”. Lo anterior, deja

ver con claridad la intención del legislador, pues según la redacción de la norma, para la acumulación objetiva se requiere que concurren los requisitos, es decir, que se cumplan todos, diferente a la subjetiva, en la cual basta con que cumpla uno de los enlistados para que sea procedente. Conforme con lo anterior, para la Sala sí era procedente la acumulación subjetiva de pretensiones propuesta por los señores [M.H.C.R., W.H.V.L., L.F.Z.L. y G.P.M.]. (...) En conclusión, las providencias dictadas por el Juzgado 57 Administrativo del Circuito de Bogotá y la Subsección F, de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, incurrieron en defecto sustantivo por indebida interpretación de la norma, al exigir que para la procedencia de la acumulación subjetiva de pretensiones se debían cumplir todos los requisitos señalados en el artículo

88 del CGP. Queda resuelto, entonces, el problema jurídico: el a quo sí acertó al concluir que las providencias acusadas, al denegar la acumulación subjetiva de pretensiones, incurrieron en defecto

sustantivo por indebida interpretación de los artículos 165 del CPACA y 88 del CGP. Por consiguiente, será confirmada la sentencia impugnada.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 24 de junio de 2021, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación 11001-03-15-000-2020-04369-01\(AC\).](#)

6. Se reitera que la cosa juzgada solo opera frente a la declaratoria de prescripción de las diferencias de las mesadas pensionales derivadas del reajuste de la asignación de retiro de un miembro de la fuerza pública, teniendo en cuenta el IPC, más no frente al derecho al reajuste de la asignación de retiro

Síntesis del caso: *El accionante recibe la asignación de retiro a cargo de CASUR. No obstante, el aumento de la mesada pensional para los años 1997, 1999 y 2002 fue inferior al IPC. El tutelante solicitó el reajuste con base en el IPC del año 2006, petición que fue negada. El actor demandó la nulidad de este acto administrativo. El Juzgado Doce Administrativo de Medellín accedió a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, declaró la nulidad del oficio de negativa y ordenó el reajuste de la asignación de retiro. Esta decisión no fue apelada. En cumplimiento de la orden judicial, CASUR expidió la Resolución No. 002520 del 8 de junio de 2009, pero el actor alude que no realizó el reajuste conforme a todos los años que el aumento fue inferior al IPC. El demandante presentó una nueva solicitud para obtener el referido ajuste. CASUR negó la petición con el argumento que ya se cumplió lo ordenado por el Juzgado en comento. El tutelante promovió un nuevo medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el propósito de que su asignación de retiro fuera reliquidada de conformidad con el aumento del IPC cuando fuera más favorable al aplicado por el gobierno y con base en ello, se reconociera con retroactividad la prima de actividad. El proceso correspondió al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Medellín, que mediante auto de 25 de enero de 2019 inadmitió la demanda alegando que existía cosa juzgada frente al incremento del IPC y, por tal motivo, las pretensiones debían adecuarse. El actor apeló, recurso que fue conocido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que mediante providencia del 24 de noviembre de 2020 revocó parcialmente la providencia recurrida al considerar que, frente a la reliquidación del IPC existía cosa juzgada porque fue decidida por el Juzgado Doce Administrativo de Medellín.*

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA Y MÍNIMO VITAL / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO SUSTANTIVO / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE – Sobre la imprescriptibilidad del derecho al reajuste de la asignación de retiro / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / RELIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO / COSA JUZGADA - No se configura / IDENTIDAD DE CAUSA - Inexistencia / INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA / REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE MIEMBRO DE LA FUERZA PÚBLICA - De conformidad con la variación porcentual del IPC / CONSERVACIÓN DEL PODER ADQUISITIVO DE LA MESADA PENSIONAL / PRESCRIPCIÓN DE LAS DIFERENCIAS DE LAS MESADAS PENSIONALES DERIVADAS DEL REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO APLICANDO - Cosa juzgada / INCIDENCIA DEL REAJUSTE EN EL INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN FRENTE A LA ASIGNACIÓN DE RETIRO - No fue objeto de pronunciamiento / IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL REAJUSTE DE LA MESADA PENSIONAL

Problema jurídico 1: ¿" [L]as decisiones judiciales demandadas vulneraron los derechos fundamentales invocados, por incurrir en desconocimiento del precedente, defecto sustantivo y violación directa a la Constitución al declarar probada la cosa juzgada dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento y ordenar continuar con el trámite únicamente en lo relacionado con la prima de actividad"?

Tesis: "L]a Sala encuentra que le asiste razón al accionante cuando afirma que con la decisión demandada se realizó una indebida interpretación de la aludida figura jurídica [cosa juzgada]. Ello por cuanto, si bien en los dos procesos el actor solicitó que se reajustara su asignación de retiro, con el fin de que se estableciera cuál incremento era mejor, si el ordenado por el Gobierno Nacional o el IPC del año inmediatamente anterior, para los años 1997 a 2004, lo cierto es que no podía definir que el objeto, es decir, las pretensiones reclamadas fueran idénticas dado que se trataba de la nulidad de actos administrativos materialmente y de declaraciones diferentes (...) De lo anterior, la Sala advierte en este segundo proceso, que no se efectuó un análisis de fondo respecto de la modificación que pudiera tener la base de liquidación en la asignación mensual de retiro del actor desde 1997 en lo sucesivo, pues es claro que los derechos

«pensionales» no prescriben y solo las mesadas son las que se afectan por dicho fenómeno extintivo razón por la cual, para el caso concreto no existió un derecho reconocido o declarado sobre el incremento pretendido desde dicha anualidad. De esta forma, se puede colegir que no existió en el asunto sub examine una identidad de causa con la primera demanda que ejerció el actor, (...) pues en el primer proceso se había declarado la prescripción del «derecho al reajuste», es decir, que no se analizó de fondo si efectivamente le asistía el derecho a las «diferencias al reajuste» desde la base de la liquidación, esto es, desde 1997. (...) se puede colegir que no existió en el asunto sub examine una identidad de causa (...) la Sala estima que en el presente caso se configuró el defecto sustantivo planteado por el actor, toda vez que no se evidencia la presencia de todos los presupuestos exigidos para que se declare la existencia de la cosa juzgada (...) [P]ara la Sala el desconocimiento del precedente propuesto por el actor tiene vocación de prosperidad por cuanto con el mismo pretende demostrar que el derecho al reajuste pensional del IPC para los años 1997 a 2001 no fue objeto de pronunciamiento en el primer proceso ordinario, lo que desconoce la regla establecida por esta Corporación que señala que la prescripción se presenta frente a las mesadas pensionales, pero no respecto al reajuste pensional, pues ello constituye una garantía irrenunciable."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 27 de mayo de 2021, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-15-000-2021-01925-00 \(AC\).](#)

ACCIONES POPULARES

Debido a los vertimientos de aguas residuales en la ciénaga Miramar, por parte de los habitantes del barrio Pueblo Nuevo, del municipio de Barrancabermeja, se ordenó la reubicación definitiva de las familias del barrio

Síntesis del caso: *La Defensoría del Pueblo – Regional Magdalena Medio, instauró acción popular contra el municipio de Barrancabermeja - Secretaría de Medio Ambiente de Barrancabermeja, la Corporación Autónoma Regional de Santander y la Empresa Aguas de Barrancabermeja S.A. E.SP., ya que en el barrio irregular Pueblo Nuevo del municipio no cuenta con servicio público de alcantarillado, motivo por el que las aguas servidas se vierten sobre el perímetro urbano, lo que ha ocasionado empozamientos que generan malos olores y afectación a la salud de la población.*

PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES / SISTEMA NACIONAL DE PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE DESASTRES / PRINCIPIOS DE COORDINACIÓN, CONCURRENCIA Y SUBSIDIARIEDAD / SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO / GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES / REGLAMENTACIÓN DEL USO DEL SUELO / PREVENCIÓN DE DESASTRES / ZONA DE ALTO RIESGO / ASENTAMIENTO HUMANO EN ZONA DE ALTO RIESGO / ACCIÓN URBANÍSTICA / COMPETENCIA DEL MUNICIPIO

Problema jurídico 1: *¿" [A]l Municipio [de Barrancabermeja] le resulta atribuible la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público, a la prevención de desastres previsibles técnicamente, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, al goce de un ambiente sano y a la existencia del equilibrio ecológico, cuyo amparo fue reconocido por el Tribunal."?*

Tesis 1: "Como responsables de la gestión del riesgo, la Ley 1523 señaló a todas las autoridades y habitantes del territorio. En consecuencia, en tratándose de las autoridades, asignó a las entidades públicas, privadas y comunitarias el desarrollo y ejecución de los procesos de gestión del riesgo que comprenden conocimiento y reducción del riesgo y manejo de desastres, en el marco de sus competencias, su ámbito de actuación y su jurisdicción, como componentes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. (...) En relación con el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres -Sistema Nacional-, su artículo 5° ibidem dispuso que era el conjunto de entidades públicas, privadas, de políticas, normas, procesos, recursos, planes, estrategias, instrumentos, mecanismos, así como la información atinente a la temática, que se aplica de manera organizada para garantizar la gestión del riesgo en el País. (...) Igualmente, las funciones encomendadas a cada uno de los integrantes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo están regidas por los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva, los cuales fueron definidos por la misma Ley 1523. En consecuencia, la Sala concluye que en materia de gestión del riesgo a quien le corresponde implementar, ejecutar, desarrollar, las políticas, actividades y gestiones tendientes a dicho fin es, principalmente, al MUNICIPIO en cabeza de su alcalde; no obstante, ello no indica que se deba dejar de lado que la misma Ley 1523, estableció un trabajo coordinado y armónico con las demás entidades. (...) [L]a Ley 142 de 11 de julio de 1994, la cual se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural, entre otros. (...) En un mismo

sentido, el artículo 3° de la Ley 136 de 2 de junio de 1994 establece como funciones del municipio, entre otras, las de 1) administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la Ley; y 2) solucionar las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y, en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la Ley. (...) En concordancia con lo anterior, el artículo 1° del Decreto 302 de 2000, fija las normas que regulan las relaciones que se generan entre la entidad prestadora de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y los suscriptores y usuarios, actuales y potenciales, del mismo. (...) Adicional a lo anterior, es de resaltar que, aun cuando el servicio público en su territorio sea prestado por un tercero, al Municipio le corresponde asegurar que dicha actividad se ejecute de manera eficiente. (...) Por otra parte, el artículo 8° de la Ley 388 de 18 de julio de 1997 dispuso que la función pública del ordenamiento del territorio municipal o distrital se ejerce mediante la acción urbanística de las entidades distritales y municipales, referida a las decisiones administrativas y a las actuaciones urbanísticas que les son propias, relacionadas con el ordenamiento del territorio y la intervención en los usos del suelo. (...) Teniendo en cuenta lo dicho en precedencia, la Sala advierte que efectivamente corresponde al MUNICIPIO, en ejercicio de dichas facultades, adoptar las medidas correspondientes a través de sus recursos administrativos, presupuestales y técnicos, que le permitan realizar obras y/o acciones de mitigación y/o prevención para evitar, i) la expansión ilegal de viviendas en la zona de la ronda hídrica y de protección de la ciénaga Miramar, ii) las inundaciones y todos los impactos negativos que podría causar la presencia de dichos inmuebles en un sector catalogado como inundable e inestable, y iii) ejecutar la construcción, ampliación, rehabilitación y/o mejoramiento de la infraestructura del servicio público de alcantarillado de los habitantes del barrio Pueblo Nuevo del Municipio. [L]a Sala considera que los demandantes (...) se encuentran legitimados en la causa por activa como poseedores de los inmuebles que habrían resultado

afectados por el atentado acaecido (...) habida cuenta de que ejercían actos de señor y dueño sobre aquellos, puesto que desplegaron acciones tendientes a ostentar su dominio sin reconocer propiedad ajena sobre ellos y así fueron identificados por terceros. En

ese orden, este punto de la apelación tiene vocación de prosperidad parcial en cuanto se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva de los demandantes (...).

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS AL GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO, A LA PREVENCIÓN DE DESASTRES PREVISIBLES TÉCNICAMENTE, AL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS, AL GOCE DE UN AMBIENTE SANO Y A LA EXISTENCIA DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO / MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA / ASENTAMIENTOS ILEGALES EN LA RONDA HÍDRICA DE LA CIÉNAGA MIRAMAR / AUSENCIA DEL SISTEMA DE ALCANTARILLADO PÚBLICO / VERTIMIENTO DE AGUAS RESIDUALES / CONTAMINACIÓN DE LA CIÉNAGA

Problema jurídico 2: *¿Se vulneran los derechos colectivos invocados por los vertimientos de aguas residuales hacia la ciénaga Miramar, efectuados por los habitantes del barrio Pueblo Nuevo, que no cuenta con servicio público de alcantarillado.*

Tesis 2: “A juicio de la Sala, no es de recibo que el Municipio se excuse de su deber bajo el argumento de que otras entidades son las competentes para satisfacer la necesidad del servicio público de alcantarillado, pues, como se dijo, le corresponde garantizar que su prestación sea eficiente, aunado al hecho de que también debe velar por la protección del medio ambiente y efectuar una adecuada gestión del riesgo, máxime si la normativa en comentario le impone la obligación de delimitar y tratar las zonas expuestas a amenaza derivada de fenómenos naturales, socio naturales o antropogénicas no intencionales, así como asumir todas aquellas acciones necesarias para reubicar asentamientos en riesgo y asegurar que esas

zonas no sean ocupadas nuevamente. De acuerdo con el marco expuesto, es deber del Estado, en cabeza del MUNICIPIO, garantizar que en las zonas de alto riesgo no mitigable y en las franjas de retiro e inundación de los ríos no se construyan viviendas o edificaciones, obligación que claramente ha sido desatendida por el ente territorial aquí accionado. Ahora bien, no existe prueba en el plenario de que el Municipio haya adelantado gestiones tendientes a evitar la expansión de las viviendas en la zona de la ronda hídrica de la ciénaga Miramar, así como para proteger el recurso natural y el ecosistema del lugar, el cual está en riesgo por las descargas continuas de aguas servidas generadas por las viviendas del sector por la falta de sistema de alcantarillado, circunstancia que le permite a la Sala concluir que el ente territorial ha incumplido con los deberes a su cargo y en esa medida, ha contribuido en la vulneración de los derechos colectivos de la comunidad.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 27 de mayo de 2021, C.P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación 68001-23-33-000-2019-00411-01 \(AP\)](#)

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PLENA

1. Para la declaración de un área geográfica como Zona Franca Permanente y la autorización para ser usuario operador de aquella, el requisito de experiencia específica y conocimiento técnico de la sociedad puede ser acreditado a través de la experiencia y conocimiento técnico de sus socios o accionistas o incluso de sus directivos, pues la persona jurídica tan solo es una ficción legal a través de la cual actúan sus dueños y administradores

Síntesis del caso: *La regulación específica aduanera (parágrafo 1° del artículo 393-15 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 4051 de 2007) no estableció la manera en que debe acreditarse la experiencia de quien pretende ser usuario operador de una Zona Franca Permanente, el cual debe constituirse como una persona jurídica nueva con ese único propósito. En ese sentido, se determinó que es válido trasladar la experiencia de los accionistas, socios y personal directivo de quien pretende la autorización.*

USUARIO OPERADOR DE UNA ZONA FRANCA PERMANENTE – Persona jurídica nueva / USUARIO OPERADOR DE UNA ZONA FRANCA PERMANENTE – Acreditación de experiencia / PERSONA JURÍDICA – Ficción legal a través de la cual actúan sus dueños y administradores / ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA DE UNA PERSONA JURÍDICA – A través de las personas naturales que la conforman, individualmente consideradas o como una organización empresarial

Problema jurídico: “¿cómo se acredita el requisito de conocimiento o experiencia específica de la sociedad sobre las actividades que se van a desarrollar en la zona franca si se trata de una persona jurídica nueva?”

Tesis: “Comoquiera que la ley exigía que quien tuviera la intención de ser Usuario Operador de una Zona Franca Permanente, debía acreditar la constitución de una nueva persona jurídica para tal fin, cabe preguntarse ¿cómo se acredita el requisito de conocimiento o experiencia específica de la sociedad sobre las actividades que se van a desarrollar en la zona franca si se trata de una persona jurídica nueva? Frente a este interrogante la Sala encuentra que, inevitablemente, quienes debían acreditar estos requisitos de experiencia específica y conocimiento técnico, naturalmente debían ser sus socios o accionistas o incluso sus directivos, pues la persona jurídica tan solo es una ficción legal a través de la cual actúan sus dueños y administradores; a todas luces, en una fase inicial quienes pueden acreditar el “conocimiento y experiencia en comercio exterior y aduanas” son las personas naturales que la conforman, individualmente consideradas o como

una organización empresarial. [...] Nótese que la regulación específica aduanera [...] no establece la manera en que debe acreditarse la experiencia del usuario operador, la cual debía constituirse como una persona jurídica nueva con ese único propósito. No obstante, existen regulaciones en otros escenarios que sirven de ejemplo para ilustrar cómo el Estado en diferentes ámbitos de la vida pública y civil, ya sea en ámbitos contractuales o comerciales, permite acreditar la experiencia de sociedades recientemente constituidas a través de sus accionistas o administradores. Es el caso del Decreto 92 de 1998 que regulaba el Registro Único de Proponentes RUP - vigente para la época en que tuvieron lugar los hechos bajo análisis- el cual preveía la posibilidad de que una sociedad con menos de tres (3) años de constituida acreditara la experiencia requerida para inscribirse en el RUP a través de sus accionistas o socios. La finalidad de esta norma era permitir que las sociedades que no contaban con la experiencia suficiente para contratar con el Estado pudieran apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la libre competencia en la contratación estatal. Igualmente, en el régimen de sociedades comerciales, los

accionistas pueden aportar y transferir a su sociedad la experiencia que detentan antes de su constitución, tal y como lo ha previsto la Superintendencia de

Sociedades en pronunciamientos que válidamente trajo a colación el a quo en la sentencia de primera instancia”.

[Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia del 24 de marzo de 2021, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 25000-23-27-000-2010-02540-00](#)

SALAS ESPECIALES DE DECISIÓN

1. Teniendo en cuenta las actuales condiciones de salud pública, ampliar el trabajo educativo en casa no es contrario a la Constitución, en la medida que protege los derechos a la salud y a la vida de los estudiantes y docentes. Por su parte, el retorno gradual a la modalidad presencial bajo el sistema de alternancia tampoco es contrario a la Constitución, en la medida que «recaba en el alcance de la educación como derecho y como servicio público y responde a la necesidad imperiosa de volver a las aulas sin sacrificar los derechos a la vida y a la salud de la comunidad educativa»

Síntesis del caso: *Se realizó el control inmediato de legalidad de la «Directiva No. 11 del 29 de mayo de 2020, a través de la cual se dictaron “Orientaciones para la prestación del servicio educativo en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19”, proferida por el Ministerio de Educación Nacional».*

COVID-19 - Trabajo académico en casa / TRABAJO ACADÉMICO EN CASA CON OCASIÓN DEL COVID-19 – Permite, al menos temporalmente, garantizar el núcleo esencial de los derechos a la salud, a la vida, a la educación y al trabajo de quienes forman parte de la comunidad educativa / TRABAJO ACADÉMICO EN CASA CON OCASIÓN DEL COVID-19 – No debe mantenerse más allá de lo que resulte estrictamente necesario para la contención de los efectos de la pandemia

Problema jurídico 1: *La modalidad de educación en casa, dispuesta como una medida para mitigar la propagación de la enfermedad respiratoria COVID-19 ¿es contraria a la Constitución?*

Tesis 1: “[A]mpliar el trabajo educativo en casa no es contraria a la Constitución, habida cuenta que redundaría en la protección de los derechos a la salud y a la vida de los estudiantes y docentes, así como también logra preservar las garantías fundamentales del resto de la comunidad educativa, con lo cual se hace efectivo el deber que tienen las autoridades de protección de los derechos de todos los ciudadanos (artículo 2 superior) y la primacía de los derechos de

los niños y adolescentes (art. 44 ibidem). En ese sentido, aunque algunos sectores han expresado serias reservas frente a la posibilidad de garantizar la calidad de la educación y su cobertura mediante el uso de herramientas no presenciales, así como su preocupación por la posible desatención de derechos conexos a la prestación del servicio educativo presencial -especialmente para la población más vulnerable -, lo cierto es que dadas las actuales condiciones de salud pública y los retos que esta pandemia ha representado para la sociedad, una medida de estas características permite, al menos temporalmente, garantizar el núcleo esencial de los derechos que se advierten involucrados,

específicamente, de los derechos a la salud, a la vida, a la educación y al trabajo de quienes forman parte de la comunidad educativa. [...] Sin embargo, atendiendo a la prohibición de que las medidas adoptadas en los estados de excepción afecten derechos y libertades más allá del “grado estrictamente necesario” -en los términos del artículo 13 de la Ley 137 de 1994-, la Sala encuentra necesario advertir al Ministerio de Educación Nacional y a las Secretarías de Educación que es su obligación vigilar que todos los prestadores del servicio educativo avancen de manera cierta, segura y decidida en la

definición de las condiciones que permitan el retorno gradual y progresivo de los alumnos a las aulas, con plena observancia de las normas de bioseguridad previstas por las autoridades nacionales y previendo el manejo de aquellas situaciones particulares que, por decisión libre e informada de los padres de familia, ameriten un tratamiento distinto. Esto, bajo la premisa de que la modalidad de trabajo en casa no puede ser equiparada a la educación presencial y que, por tanto, su aplicación no debe mantenerse más allá de lo que resulte estrictamente necesario para la contención de los efectos de la pandemia”.

COVID-19 – Retorno gradual y progresivo a los establecimientos educativos / COVID-19 – Alistamiento para el retorno gradual bajo el sistema de alternancia / SERVICIO EDUCATIVO EN LA MODALIDAD PRESENCIAL – Rol de las escuelas / ESCUELAS – Constituyen un lugar de aprendizaje, y son el vehículo de protección social, de nutrición, de salud y apoyo afectivo para los más desfavorecidos / ALTERNANCIA – Mitiga el impacto del cierre de los establecimientos educativos

Problema jurídico 2: *El retorno gradual y progresivo de la educación a la modalidad presencial bajo el denominado sistema de alternancia en el marco de la pandemia por COVID-19 ¿es contrario a la Constitución?*

Tesis 2: “[L]a modalidad de trabajo escolar en casa se originó ante la necesidad de disponer el cierre de los establecimientos educativos, como medida de mitigación del riesgo de contagio. Sin embargo, las autoridades mundiales han abogado por una estrategia que permita retomar, incluso en el marco de la pandemia, el servicio educativo en la modalidad presencial, bajo el entendido de que “[l]as escuelas constituyen algo más que un lugar de aprendizaje. Son el vehículo de protección social, de nutrición, de salud y apoyo afectivo, y por lo tanto de seguridad vital para los más desfavorecidos”. En el caso

colombiano, la estrategia propuesta por las autoridades para mitigar ese impacto es la denominada alternancia que, como su nombre lo indica, pretende combinar el trabajo académico en casa con “encuentros periódicos presenciales”. [...] En este contexto, es evidente que el propósito de la alternancia es mitigar el impacto que el cierre de los establecimientos educativos conlleva en los derechos de niños, niñas y adolescentes, protegiendo también la vida y salud de todos los miembros de la comunidad educativa. [...] esta modalidad propuesta por el Gobierno para el retorno escolar gradual no contraviene la Carta Política, sino que, por el contrario, recaba en el alcance de la educación como derecho y como servicio público y responde a la necesidad imperiosa de volver a las aulas sin sacrificar los derechos a la vida y a la salud de la comunidad educativa”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Dieciséis Especial de Decisión, Sentencia del 15 de enero de 2021, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-15-000-2020-02452-00](#)

2. Se decidió avocar conocimiento para proferir un auto de unificación jurisprudencial con el fin de definir si los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 deben ser aplicados o, por el contrario, han de ser exceptuados de su aplicación por su posible inconstitucionalidad e inconvencionalidad, toda vez que, se trata de un asunto que reviste una evidente importancia jurídica y en este momento no existe una tesis jurisprudencial pacífica sobre el asunto

Síntesis del caso: *En el marco del control automático de legalidad sobre el fallo con responsabilidad fiscal n.º [...], se resolvió no avocar conocimiento del asunto en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021. En consecuencia, la Contraloría General de la República solicitó que el tema fuera resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo debido a la importancia jurídica que reviste la definición de los alcances constitucionales de este nuevo medio de control.*

CONTROL AUTOMÁTICO DE LEGALIDAD DE FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL / CASO CONCRETO – Es procedente avocar conocimiento para proferir auto de unificación jurisprudencial sobre procedencia o no del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal

Problema jurídico: *Teniendo en cuenta que en el Consejo de Estado no existe una tesis jurisprudencial pacífica sobre la procedencia o improcedencia del control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal, con ocasión de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y de inconvencionalidad sobre las disposiciones legislativas respecto de ese medio de control, ¿es necesario emitir una decisión que unifique jurisprudencialmente la materia?*

Tesis: “Desde la entrada en vigor de la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, en esta Corporación se han emitido decisiones que, por un lado, han aplicado las disposiciones antes transcritas, y en virtud de ello han avocado conocimiento del control automático de legalidad sobre fallos de responsabilidad fiscal provenientes de la Contraloría General de la República. [...] Por el otro, se han proferido autos, como el que dio origen a esta solicitud, que no han

avocado el conocimiento del control automático de legalidad de esta clase de actos administrativos, en virtud de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y de inconvencionalidad sobre las disposiciones legislativas respecto del medio de control en estudio. [...] A partir de lo anterior, esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que es procedente avocar conocimiento para conocer del asunto con el fin de que, mediante auto de unificación jurisprudencial, se definan si los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021 deben ser aplicados o, por el contrario, han de ser exceptuados de su aplicación por su presunta (sic) inconstitucionalidad e inconvencionalidad, toda vez que, en efecto, tal y como lo señaló la Contraloría General de la República, se trata de un asunto que reviste una evidente importancia jurídica y en este momento no existe una tesis jurisprudencial pacífica sobre el asunto”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 9 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-15-000-2021-01175-01](#)

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

1. Se declaró ajustado al ordenamiento superior el artículo 1º de la Resolución n.º. 789 del 31 de marzo de 2020 expedida por la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, bajo el entendido que la modificación de las exigencias de garantías de cumplimiento a las empresas aeronáuticas «se sujetará a la vigencia del artículo 18 del Decreto Legislativo 482 de 2020», toda vez que la resolución no había precisado el lapso de vigencia

Síntesis del caso: “La Resolución n.º. 789 del 31 de marzo de 2020 de la Aerocivil modificó las disposiciones relacionadas con las cauciones para las empresas de transporte aéreo, fijó plazos para el pago de las facturas por los servicios prestados por la entidad y suspendió el cobro de cánones de arrendamiento de los espacios comerciales de aeropuertos y aeródromos administrados por esa autoridad. La Resolución n.º. 947 del 24 de abril de 2020 prorrogó la suspensión del cobro de cánones de arrendamiento al término de la emergencia sanitaria”. La Aerocivil remitió al Consejo de Estado los actos para el control inmediato de legalidad.

MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS CAUCIONES DE EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO / ACTO ADMINISTRATIVO – Legalidad condicionada / MODULACIÓN DE LOS FALLOS DE NULIDAD - La sentencia altera parcialmente la decisión del Ejecutivo y se expulsa cualquier otra interpretación que contravenga normas superiores

Problema jurídico: ¿El artículo 1º de la Resolución nro. 789 del 31 de marzo de 2020, expedida por la Aerocivil, se ajusta a los preceptos superiores que le sirve de fundamento?

Tesis: “El artículo 18 del Decreto Legislativo 482 de 2020 dispuso que durante el tiempo que durara la emergencia económica, social y ecológica, la Aerocivil podría modificar, de manera temporal, la exigencia de garantías de cumplimiento a las empresas aeronáuticas hasta el 31 de diciembre de 2021. Con fundamento en este precepto y en la recomendación del Comité de Tarifas de la entidad, la Aerocivil, a través del artículo 1 de la Resolución n.º. 789 de 2020, modificó los numerales 3, 4 y 5 del artículo primero de la Resolución n.º. 675 de 2006. Prescribió que para determinar la cuantía de la caución de que tratan los numerales 1.1. y 1.3 de la resolución modificada, se debía tener en cuenta el valor de la facturación del mes de marzo de cada año por servicios aeronáuticos y aeroportuarios generado por la Aerocivil. La resolución no hizo ninguna precisión sobre el lapso de vigencia. La modificación de las cauciones del artículo 1 de la Resolución n.º. 789 de 2020 se ajusta a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Legislativo 482 de 2020, pues este autorizó a las entidades a adoptar esa medida. Esta situación impide que, a pesar de la omisión sobre su vigencia, la norma sea retirada del ordenamiento

jurídico. [...] El juez administrativo debe garantizar la supremacía de las normas superiores frente al acto administrativo [...]. Por ello, el juez no solo está habilitado para para retirar -total o parcialmente- una decisión administrativa del ordenamiento jurídico cuando contraviene normas de mayor jerarquía, sino que también lo está para mantenerla si admite una interpretación que se ajuste a los preceptos convencionales, constitucionales o legales. La Sala reitera que el condicionamiento de la interpretación o aplicación -en determinado sentido- de los actos administrativos, en modo alguno es una técnica arbitraria, pues, por una parte, es el efecto propio del principio de legalidad y, por otra, la consecuencia lógica del papel de la jurisdicción contencioso administrativa como fiscalizadora del ejecutivo. El condicionamiento que emite el juez contencioso administrativo, adoptado en función del contenido del acto administrativo, se limita a modular sus efectos, en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la providencia administrativa o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad. Así, se profiere una decisión que altera parcialmente el contenido de la decisión del ejecutivo y se expulsa cualquier otra interpretación que contravenga normas superiores. [...] Como la Resolución n.º. 789 de 2020 no dispuso nada sobre su vigencia, y la Universidad Externado de Colombia y la Academia Colombiana de Jurisprudencia aciertan al conceptuar que se impone

precisar el plazo de las medidas adoptadas, la Sala condicionará el precepto en el entendido que la modificación de la exigencia de garantías se sujetará al límite temporal previsto en el artículo 18 del Decreto Legislativo 482 de 2020». [...] los actos sujetos al control inmediato de legalidad que modificaron las disposiciones relacionadas con las

cauciones -con el condicionamiento anunciado-, fijaron plazos para el pago de las facturas por los servicios prestados por la entidad y suspendieron el cobro de cánones de arrendamiento, se declararán ajustados a derecho, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión, Sentencia del 26 de marzo de 2021, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-15-000-2020-01463-00](#)

2. Se anularon los artículos 10, 11 y 12 de la Resolución n°. A-0259 del 2 de abril de 2020, expedida por la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER), por contrariar mandatos constitucionales y no ser idóneos para conjurar el estado de anormalidad decretado por el Gobierno Nacional. Se declaró la legalidad condicionada de los artículos 7 y 15 de la resolución mencionada, en el entendido que, si una persona manifiesta que no tiene una dirección de correo electrónico podrá indicar un medio alternativo para la notificación, por ejemplo, una llamada telefónica, un mensaje de texto o de voz al celular

Síntesis del caso: *“La Corporación Autónoma Regional de Risaralda-CARDER, mediante la Resolución n°. A-0259 del 2 de abril de 2020, adoptó medidas de carácter transitorio en materia de “otorgamientos ambientales” y ajustó los trámites sobre concesiones de aguas para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado. Estas medidas se expidieron en el marco de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19 y del estado de excepción declarado por el Decreto 417 de 2020”. Se realizó el control inmediato de legalidad sobre dicha resolución.*

NOTIFICACIONES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS - El Decreto legislativo 491 de 2020 faculta a las autoridades a notificar o comunicar actos administrativos por medios electrónicos, exequibilidad condicionada sentencia C-242 de 2020 / MEDIOS ALTERNATIVOS PARA REALIZAR LA NOTIFICACIÓN Y COMUNICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS – Llamada telefónica, mensaje de texto, mensaje de voz al celular

Problema jurídico 1: *¿En el marco de la pandemia decretada por la enfermedad respiratoria denominada COVID-19, es procedente notificar y comunicar actos administrativos por medios electrónicos, tales como correo electrónico, llamada telefónica, mensaje de texto y mensaje de voz al celular?*

Tesis 1: “A raíz del aislamiento obligatorio preventivo, que ordenó el Gobierno Nacional con el Decreto 457

del 22 de marzo de 2020, se expidió el Decreto Legislativo 491 del 28 siguiente. El artículo 4 del precepto prescribe que la notificación y comunicación de actos administrativos se hará por medios electrónicos y, para ello, ordena que, en todo trámite, se indique la dirección electrónica para recibir notificaciones. Sin embargo, cuando la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes del CPACA. La Corte

Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de ese artículo, en el entendido que si una persona manifiesta que no tiene una dirección de correo electrónico podrá indicar un medio alternativo para la notificación, por ejemplo, una llamada telefónica, un mensaje de texto o de voz al celular. [...] Los artículos 2, 6 a 8 y 15 de la Resolución n°. A-0259 de 2020 disponen la prórroga de los permisos, autorizaciones, certificados y licencias ambientales que venzan durante el término de la vigencia sanitaria y hasta por un mes más, el uso de tecnologías de la información para la ejecución de labores, la notificación de actos

administrativos por medios electrónicos y la ampliación de los términos para atender peticiones. Estas medidas están en consonancia con los preceptos extraordinarios, pues se ajustan a lo dispuesto por los artículos 3, 4, 5, y 8 del Decreto Legislativo 491 de 2020. No obstante, los artículos 7 y 15 que regulan la notificación de los actos administrativos y la (sic) respuestas a peticiones, a través del correo electrónico, deben interpretarse conforme a la exequibilidad condicionada, que dispuso la Corte Constitucional respecto del artículo 4 del Decreto Legislativo 491 de 2020”.

PROSPECCIÓN Y EXPLORACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS - El Consejo de Estado anuló la posibilidad de que se adelantaran sin permiso / REDUCCIÓN EN LAS TARIFAS A LOS PRESTADORES DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO - No conjuran el estado de anormalidad decretado por el Gobierno Nacional, con ocasión de la pandemia COVID-19

Problema jurídico 2: *Los artículos 10, 11 y 12 de la Resolución nro. A-0259 del 02 de abril de 2020 expedida por CARDER, por medio de los cuales se dispuso que se podrían adelantar sin permiso las actividades de prospección y exploración de las aguas subterráneas por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, así como la reducción de las tarifas para los prestadores mencionados, ¿se ajustan a los mandatos constitucionales y son idóneos para conjurar el estado de anormalidad decretado por el Gobierno Nacional como consecuencia de la pandemia por COVID-19?*

Tesis 2: “El artículo 10 de la Resolución n°. A-0259 del 2020 -que reprodujo el artículo 4 del Decreto 465-estableció que durante el tiempo que se mantenga la declaratoria de la emergencia sanitaria en el país por causa del coronavirus COVID-19, se podrían adelantar sin permiso las actividades de prospección y exploración de las aguas subterráneas por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, siempre que previamente se contara con la información geoelectrónica del área de influencia del proyecto, así como el registro y aval de CARDER para su respectivo control y seguimiento. Según el fallo de nulidad del 13 de agosto de 2020, los permisos para la exploración de recursos naturales, así como las concesiones de aguas, son instrumentos jurídicos

que constituyen herramientas cuya finalidad principal es planificar el adecuado aprovechamiento de los recursos naturales en garantía del desarrollo sostenible, controlar en debida forma los factores de deterioro ambiental y materializar la intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales. Esa decisión anulatoria concluyó que al derogar el permiso para la prospección y exploración de aguas subterráneas, aunque sea de manera transitoria, esa norma contraviene los artículos 8, 79, 80 y 334 CN. [...] Los artículos 11 y 12 de la resolución -que reprodujeron los artículos 5.1 y 6 del Decreto 465-dispusieron la reducción de las tarifas para los prestadores del servicio público de acueducto y alcantarillado. En cuanto a los artículos 5.1 y 6 del Decreto 465, la Sala consideró, en el fallo de nulidad ya referido, que estas medidas, cuyo propósito es liberar recursos económicos en favor de los prestadores del servicio público de acueducto, carecían de eficacia material, pues no conjuran el estado de anormalidad decretado por el Gobierno Nacional [...]. Como los artículos 10-12 de la Resolución n°. A-0259 del 2020 reprodujeron los artículos 4, 5.1 y 6 del Decreto 465 que, a juicio de la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado en la sentencia de 13 de agosto de 2020, son contrarios a mandatos constitucionales y no cumplen con el requerimiento de idoneidad, se declarará su nulidad”.

[Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintiséis Especial de Decisión, Sentencia del 26 de marzo de 2021, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicación: 11001-03-15-000-2020-03536-00](#)

3. Se declara la legalidad condicionada de la medida de suspensión de términos en los procesos jurisdiccionales de la Justicia Penal Militar, contenida en la Resolución 000097 del 21 de marzo 2020, expedida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y Policial, en el entendido que dicha suspensión no incluye los términos de prescripción de la acción penal ni de la pena

Síntesis del caso: *“La Sala Especial de Decisión No. 16 profiere sentencia de única instancia dentro del proceso que se adelanta en virtud del medio de control inmediato de legalidad de la Resolución 000097 del 21 de marzo de 2020 “Por la cual se suspenden términos judiciales en la Justicia Penal Militar y Policial, como medida preventiva para afrontar la emergencia sanitaria a causa del COVID 19 y se adoptan medidas relacionadas con los grupos internos de trabajo de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar”, proferida por el Director Ejecutivo de la Justicia Penal Militar y Policial”.*

ANÁLISIS MATERIAL DEL ACTO OBJETO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / DEBIDO PROCESO – Objeto / MEDIDA DE SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS DE PROCESOS JURISDICCIONALES DE CARÁCTER PENAL – Guarda conformidad con las normas superiores que le sirven de fundamento / SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y DE LA PENA – Resulta contrario al derecho al debido proceso / LEGALIDAD CONDICIONADA – La suspensión de términos de procesos jurisdiccionales de la Justicia Penal Militar no incluye los términos de prescripción de la acción penal ni de la pena

Problema jurídico 1: *¿La medida de suspensión de los términos de la acción penal y de la pena en los procesos jurisdiccionales de la justicia Penal Militar, contenida en la Resolución 000097 del 21 de marzo 2020, expedida por la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y Policial, es contraria al debido proceso?*

Tesis 1: “[P]ara la Sala es claro que una medida como la suspensión de términos de procesos jurisdiccionales de carácter penal guarda estrecha relación con tres garantías fundamentales previstas en la Constitución Política: el debido proceso (artículo 29), la libertad personal (artículo 15) y el acceso a la administración de justicia (artículo 229). [...] La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho al debido proceso comprende el “conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado a una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio”; este obliga a quien asume la dirección del procedimiento a “observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la Ley o en los reglamentos”. El objeto de este derecho es entonces la preservación y la efectiva realización de la justicia material, constituyéndose además en un límite al ejercicio de los poderes públicos, por lo que

las autoridades tienen la obligación de ajustar sus actuaciones conforme a los procedimientos establecidos. [...] Sin embargo, la Sala advierte que, tal y como fue dictada la medida, ella termina incluyendo la suspensión de los términos de prescripción de la acción penal y de la pena, lo cual, como se vio, resulta contrario al derecho al debido proceso de los implicados, bajo el entendido de que esta figura es una institución liberatoria que hace que el mero paso del tiempo haga impida la continuación de la persecución y reproche punitivo a cargo del Estado. [...] [E]s evidente que la suspensión de esta garantía comporta un agravio directo al derecho al debido proceso del indiciado o procesado penalmente, por lo que se hace necesario declarar la legalidad condicionada del artículo 1° de la Resolución 00097 del 21 de marzo de 2020, a fin de que se entienda que la suspensión contemplada no incluye los términos de prescripción de la acción penal ni de la pena. [...] Finalmente, debe colegirse que la medida es acorde con el Decreto 417 de 2020, el cual previó para mitigar la propagación del coronavirus COVID-19 medidas como la suspensión de términos, incluyendo los judiciales”.

NOTA DE RELATORÍA 1: Sobre la noción y núcleo esencial del derecho al debido proceso, ver: Corte Constitucional, sentencia C-163 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera

NOTA DE RELATORÍA 2: Sobre el derecho a la libertad personal, ver: Corte Constitucional, sentencia C-276 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

ANÁLISIS MATERIAL DEL ACTO OBJETO DE CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD / MEDIDA DE DIVULGACIÓN DEL ACTO – Guarda conformidad con las normas superiores que le sirven de fundamento / LEGALIDAD CONDICIONADA – En el entendido que el acto objeto de control solo puede regir a partir de la fecha de su publicación

Problema jurídico 2: *¿Desde qué fecha empiezan a regir los actos administrativos generales?*

Tesis 2: “[L]a Sala advierte que en los artículos 3 y 4 de la resolución analizada se establece, de un lado, la obligación de divulgación del acto en la página web de la entidad, en los correos institucionales y en los despachos judiciales, y, del otro, que su vigencia será a partir de la expedición de la Resolución. Sobre lo primero, se advierte que el artículo 65 del CPACA permite hacer uso de los medios tecnológicos para la publicación de los actos generales, publicación que, además, cumple a cabalidad con el objetivo de garantizar su amplia divulgación entre la ciudadanía. [...] [L]a Sala advierte que el disponer que el acto rige “a partir de la fecha de su expedición” sí resulta

contrario a la regla prevista en el mencionado artículo, el cual dispone que “[l]os actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales”. Si bien esta situación no genera la nulidad del acto, toda vez que, como lo ha establecido la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, no se trata de un requisito relacionado con su existencia sino con su eficacia, en aras de proteger el imperio del ordenamiento jurídico se declarará la legalidad condicionada de esta disposición, bajo el entendido de que este acto administrativo solo pudo regir a partir de la fecha de su publicación, tal y como lo dispone el artículo 65 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

[Consejo de Estado, Sala Dieciséis Especial de Decisión, sentencia del 15 de enero de 2021, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2020-01222-00\(CA\)](#)

Salvamento de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

SALVAMENTO DE VOTO / MEDIDAS CONTENIDAS EN LA RESOLUCIÓN OBJETO DE CONTROL – Fueron proferidas en ejercicio de la función administrativa ordinaria / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Era improcedente en el caso concreto

Problema jurídico: *¿Es procedente el control inmediato de legalidad en el caso concreto, en virtud de que las medidas contenidas en la Resolución objeto del mismo fueron proferidas en ejercicio de funciones ordinarias?*

Tesis: “Según se tiene, a través de la Resolución 000097 de 21 de marzo de 2020, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar y Policial adoptaron básicamente dos decisiones: i. Suspender los términos de los procesos judiciales que allí se surten, salvo aquellas diligencias que de acuerdo con el Código Penal Militar estuvieren relacionadas con personas privadas de la libertad; ii. Disponer medidas de teletrabajo en los despachos judiciales de la justicia penal militar, así como un plan de actividades que pudiera ser monitoreado por los superiores. Sobre el particular, es posible advertir que tales medidas fueron proferidas en ejercicio de la función administrativa ordinaria, ya que el director ejecutivo

de la Justicia Penal Militar y de Policía fijó lineamientos de organización para esa jurisdicción, con el fin de determinar el funcionamiento de la prestación del servicio de justicia en el marco del estado de excepción. De modo que, la resolución controlada fue expedida en ejercicio de la función administrativa ordinaria que le compete al director ejecutivo de la Justicia Penal Militar y de Policía, como medida preventiva para afrontar la emergencia sanitaria por causa del Covid-19. Además, la resolución controlada realmente corresponde al desarrollo de lo reglado en el numeral 3° del artículo 351 de la Ley 522 de 1999 (Código Penal Militar, disposición relativa a la suspensión de términos que establece los casos en que ésta procede, entre otras, por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito). En tales condiciones, en mi criterio el control inmediato de legalidad en este caso no es procedente y así se debió declarar”.

[Consejo de Estado, Sala Dieciséis Especial de Decisión, sentencia del 15 de enero de 2021, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2020-01222-00\(CA\), S.V. Carlos Enrique Moreno Rubio](#)

Salvamento de voto del consejero Hernando Sánchez Sánchez

SALVAMENTO DE VOTO / CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD – Era improcedente en el caso concreto

Problema jurídico: *¿Es procedente el control inmediato de legalidad en el caso concreto?*

Tesis: “El suscrito Magistrado, de la revisión del contenido de la Resolución, considera que no es procedente el control inmediato de legalidad, por las razones que se exponen a continuación: [...] [E]n sus considerandos no se invoca algún decreto legislativo y frente a la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica se hace una mención. [...] [E]n su parte resolutive adoptó medidas que desarrollan la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la

Resolución 385 de 12 de marzo de 2020 y el aislamiento preventivo obligatorio ordenado por el Gobierno Nacional [...]. En este orden de ideas, no comparto el proyecto en cuanto determinó la procedencia del control inmediato de legalidad, en la medida en que como se expuso en los numerales supra, en este caso, constituye un desarrollo la emergencia sanitaria y el aislamiento preventivo obligatorio. En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto”.

[Consejo de Estado, Sala Dieciséis Especial de Decisión, sentencia del 15 de enero de 2021, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2020-01222-00\(CA\), S.V. Hernando Sánchez Sánchez](#)

Aclaración de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

ACLARACIÓN DE VOTO / VIGENCIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Es un elemento de eficacia, no de validez / ACTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES POR REGLA GENERAL COMIENZAN A REGIR DESDE SU PUBLICACIÓN – Sin embargo, al tratarse de unas medidas que se adoptaron de manera urgente, su vigencia bien puede estar supeditada a la expedición, siempre que sean conocidas por los empleados y contratistas

Problema jurídico: *¿Excepcionalmente, los actos administrativos generales podrían regir a partir de la fecha de su expedición?*

Tesis: “Si bien acompaño la decisión adoptada, debo advertir que no comparto el condicionamiento del artículo 4° del acto analizado, relacionado con la vigencia del acto. Considero que la vigencia del acto, que se establece a partir de su expedición, corresponde a un elemento de eficacia, razón por la que no es procedente su control en esta sede judicial al no tratarse de uno de los elementos de validez del

acto administrativo, sino de su oponibilidad. En todo caso, debe tenerse en cuenta que si bien, por regla general, los actos de contenido general comienzan a regir desde su publicación, al tratarse de unas medidas que se adoptaron de manera urgente para desarrollar el Decreto 417, su vigencia bien puede estar supeditada a la expedición, siempre que sean conocidas por los empleados y contratistas, pues resulta razonable y proporcional a la situación de emergencia por la que atravesó el país debido a la propagación rápida del COVID-19”.

[Consejo de Estado, Sala Dieciséis Especial de Decisión, sentencia del 15 de enero de 2021, C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación 11001-03-15-000-2020-01222-00\(CA\), A.V. Myriam Stella Gutiérrez Argüello](#)

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO

JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS

SECCIÓN PRIMERA

BOLETÍN
DEL CONSEJO DE ESTADO
JURISPRUDENCIA Y CONCEPTOS



CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

1. Es nulo el acto administrativo por medio del cual se ubica en la tercera categoría a un departamento que, pese a cumplir con la cantidad de habitantes e ingresos corrientes de libre destinación para ser ubicado en la primera categoría, tiene unos gastos de funcionamiento equivalentes al 66.42%

Síntesis del caso: *Se presentó demanda para obtener la nulidad del Decreto 3035 de 28 de octubre de 2013, "por medio del cual se determina la categoría del Departamento del Tolima para la vigencia fiscal de 2014", proferido por el Gobernador del Departamento del Tolima, con fundamento en que el Departamento del Tolima debe ubicarse en la primera categoría para el año fiscal 2014 y el Gobernador, en el acto demandado, lo ubicó en la tercera señalando que el Departamento del Tolima destinó para el año fiscal 2012 el 66.42% de sus ICLD a gastos de funcionamiento, excediendo el límite previsto en el artículo 4° de la Ley 617 de 2000, razón por la cual, en aplicación del párrafo 2° del artículo 1° de esa ley, no podía ser clasificado en la tercera categoría sino en la primera.*

CATEGORIZACIÓN DE DEPARTAMENTOS – Marco legal / CATEGORIZACIÓN PRESUPUESTAL DE LOS DEPARTAMENTOS – Criterios / DETERMINACIÓN DE LA CATEGORÍA DE LOS DEPARTAMENTOS – Población e ingresos corrientes de libre destinación / RANGO PRIMERA CATEGORÍA - Ingresos corrientes de libre destinación anuales que igualen o superen 170.001 SMLMV y hasta 600.000 SMLMV / GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Límites artículo 4 de la Ley 617 de 2000 / GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – No son un criterio autónomo de categorización sino un condicionante / CATEGORÍA PRIMERA DE LOS DEPARTAMENTOS – Se requiere que la relación porcentual entre ingresos corrientes de libre destinación y gastos de funcionamiento no sea superior al 55% / GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – Para la vigencia 2013 son del 66.42% en relación con los ICLD / EXCESO EN EL TOPE DE LOS GASTOS DE FUNCIONAMIENTO PARA LA RESPECTIVA CATEGORÍA – Implica la reclasificación en la categoría inmediatamente inferior / CATEGORÍA DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – Por exceder el tope de los gastos de funcionamiento no puede ubicarse en la categoría primera que le correspondería / CATEGORÍA DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – Ubicación en tercera categoría cuando correspondía a la segunda

Problema jurídico: *"[D]eterminar si es nulo, por vulnerar el ordenamiento jurídico superior, el acto administrativo por medio del cual se ubica en la categoría tercera a un departamento que, pese a cumplir con la cantidad de habitantes e ingresos corrientes de libre destinación para ser localizado en la primera categoría, tiene unos gastos de funcionamiento de 66.42%."*

Tesis: *"[P]ara el caso objeto de examen, no era posible que el Departamento del Tolima fuera finalmente ubicado en la primera categoría, pues sus gastos de funcionamiento exceden los topes fijados en la ley para estar en esa categoría. Lo procedente entonces era ubicar al Departamento del Tolima en la categoría segunda, toda vez que, de conformidad con el párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 617 de 2000, "Sin*

perjuicio de la categoría que corresponda según los criterios señalados en el presente artículo, cuando un departamento destine a gastos de funcionamiento porcentajes superiores a los límites que establece la presente ley se reclasificará en la categoría inmediatamente inferior." Como en este caso se destinaron gastos de funcionamiento superiores al tope previsto para la categoría primera, en cumplimiento de la norma en cita, el Departamento del Tolima debió ser ubicado en la segunda categoría, esto de acuerdo a lo señalado en el ya citado artículo 1° que dispone que, sin perjuicio de la categoría que corresponda según los criterios señalados en ese artículo, (para este caso la primera) cuando se supere el tope de gastos de funcionamiento debe ser ubicado en la categoría inmediatamente inferior. En consecuencia, una vez configurados los criterios

previstos en el artículo 1º, el departamento queda categorizado. No obstante, si el Departamento tiene gastos de funcionamiento que, para la categoría asignada, superan lo dicho por el artículo 4º, la consecuencia jurídica que prevé el parágrafo 2º del artículo 1º es que aquél deberá clasificarse en la "categoría inmediatamente inferior", que en este caso es la segunda, no la tercera como lo dispuso el acto acusado. En otras palabras, los gastos de funcionamiento no son un criterio autónomo de categorización, sino un condicionante, que se exige sea cumplido, para evitar que el departamento pierda

la categoría. Pero si la pierde, no va a ocupar el lugar que señale el artículo 4º, sino el lugar de la categoría inmediatamente inferior a la que le correspondería. En este orden de ideas, la Sala concluye que el Decreto nro. 3035 de 28 de octubre de 2013, "por medio del cual se determina la categoría del Departamento del Tolima para la vigencia fiscal de 2014", es contrario al ordenamiento jurídico superior, toda vez que clasificó a ese departamento en la categoría número 3, cuando debía estar ubicado en la categoría número 2, de conformidad con lo previsto en los artículos 1 y 4 de la Ley 617 de 2000."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de abril de 2021, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 73001-23-33-000-2014-00206-01.](#)

2. No es nulo el acto por el cual se establecen unas limitaciones para el uso del espacio público en el Carnaval de Barranquilla, cuando previamente esa entidad territorial le ha otorgado el derecho a la empresa organizadora de obtener una contraprestación económica por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos necesarios para el desarrollo del evento y le había cedido el recaudo de las tarifas e impuestos relacionadas con su realización

Síntesis del caso: *Se presentó demanda para obtener la nulidad del Decreto nro. 008 de 17 de enero de 2007, "por medio del cual se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de Carnavales en la Vía 40", expedido por el Alcalde del Distrito de Barranquilla, con fundamento en que fue proferido con abuso y desviación de poder por parte del Alcalde Distrital y en clara violación de las normas jurídicas que, en aplicación del principio de legalidad, enmarcan el ejercicio de sus competencias.*

SISTEMA DE FUENTES / FUENTES PRINCIPALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO – Norma jurídica, equidad y negocio jurídico / FUENTE FORMAL DEL DERECHO / NORMA EN SENTIDO AMPLIO / JERARQUÍA NORMATIVA – Inexistencia / ESCRITURA PÚBLICA – No tiene la categoría de norma jurídica / NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR VULNERAR OTRO ACTO DE LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA – Improcedencia / NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO POR CONTRADECIR UNA ESCRITURA PÚBLICA - Improcedencia

Problema jurídico 1: *"Es procedente solicitar la nulidad de un decreto expedido por la Alcaldía de un Distrito por ser contrario a otro decreto y a una resolución expedida por esa misma entidad territorial, y por contradecir la escritura pública de constitución de una sociedad."*

Tesis 1: "En el caso objeto de examen, por un lado, se observa que la Resolución Reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991, "por la cual se reglamenta el Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991", y el Decreto nro. 008 de 3 de enero de 1992, "por el cual se fija la participación del municipio de Barranquilla en las disposiciones reglamentarias", no son normas

de carácter superior al acto demandado en este proceso judicial. En efecto, la Resolución reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991 fue expedida por el alcalde del Distrito de Barranquilla, en uso de la facultad reglamentaria conferida por el artículo 5 de la Ley 49 de 1987, que concede a los alcaldes la potestad para “reglamentar los acuerdos municipales”. Así mismo, el Decreto nro. 008 de 3 de enero de 1992 fue expedido por la Alcaldía de Barranquilla, en uso de las facultades conferidas en el artículo 2 del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, [...]. Por su parte, el Decreto 008 de 17 de enero de 2007, demandado, también fue expedido por la Alcaldía de Barranquilla, y a través del mismo se establecen unas disposiciones en materia de espacio público para el desarrollo de desfiles de Carnaval en la vía 40. En este contexto se observa que, tanto el acto acusado como la Resolución Reglamentaria nro. 2911 de 5 de noviembre de 1991 y el Decreto nro. 008 de 3 de enero de 1992, fueron expedidos por la misma autoridad del orden municipal, esto es, el alcalde de Barranquilla. Luego no es posible predicar, como lo hace la parte recurrente, una jerarquía normativa entre aquellas y con fundamento en ello, declarar nulo

el acto administrativo demandado en este proceso por “infringir las normas en que debería fundarse el acto”, de acuerdo con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. En conclusión, no es posible solicitar la nulidad de un decreto expedido por la Alcaldía de un municipio por ser contrario a una resolución y a un decreto expedido por esa misma alcaldía, en atención a que estas normas no ostentan una categoría de norma jurídica superior. [...] La Sala observa que la Escritura Pública nro. 9 de 7 de enero de 1992, por medio de la cual se constituye la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A., no tiene la categoría de norma jurídica. La escritura pública es un instrumento público que contiene la declaración de voluntad de uno o varios sujetos de derecho, con el fin de concretar un determinado acto jurídico o contrato, emitida ante el notario. [...] En este contexto, la escritura pública en sí misma no goza del carácter de fuente de derecho, lo que es fuente son los actos jurídicos o contratos que en aquella reposan. Por lo tanto, no es posible predicar la nulidad de un acto administrativo solamente con fundamento en que este resulta contrario a una escritura pública de constitución de una sociedad.

CONSERVACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO - Marco normativo / CONSERVACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO EN EL ÁMBITO MUNICIPAL -Corresponde al alcalde / ESPACIO PÚBLICO – Concepto / ESPACIO PÚBLICO DE LA CIUDAD / COMPETENCIA DE LAS ALCALDÍAS PARA ESTABLECER LIMITACIONES EN EL USO Y GOCE DEL ESPACIO PÚBLICO / AUTORIZACIÓN A LA SOCIEDAD CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. PARA RECIBIR UNA CONTRAPRESTACIÓN POR LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA LA REALIZACIÓN DEL CARNAVAL DE BARRANQUILLA – Connotación jurídica / SOCIEDAD CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A. – Derechos concedidos / CONTRAPRESTACIÓN POR LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO PÚBLICO PARA LA REALIZACIÓN DEL CARNAVAL DE BARRANQUILLA – En forma general / IMPUESTOS Y TARIFAS RELACIONADAS CON LAS DIFERENTES ACTIVIDADES DEL CARNAVAL DE BARRANQUILLA – Recaudo

Problema jurídico 2: *“Incorre en causal de nulidad por vulnerar el ordenamiento jurídico superior, el decreto por medio del cual se establecen unas limitaciones para el uso del espacio público en un carnaval que se lleva a cabo en un Distrito, cuando previamente esa entidad territorial le había otorgado el derecho a la empresa organizadora del Carnaval a obtener una contraprestación económica por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos necesarios para el desarrollo del evento y le había cedido el recaudo de las tarifas e impuestos relacionadas con la realización de aquél.”*

Tesis 2: “[S]e advierte que, constitucional y legalmente, los alcaldes se encuentran obligados a velar por la protección e integridad del espacio público en sus respectivos municipios y Distritos. [...] [E]l diseño del espacio público, la determinación de su uso y su protección, son funciones que las autoridades municipales ejercen en virtud de las

atribuciones conferidas por los artículos 82 de la Constitución Política, 5 y 6 de la Ley 388 de 1997. Ahora bien, en relación con las autorizaciones que otorgan los municipios para la utilización del espacio público, el artículo 18 del Decreto 1504 de 1998 autoriza a los municipios a otorgar permiso para el uso del espacio público en los siguientes términos: “(...) Los municipios y distritos podrán contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y el aprovechamiento económico para el municipio o distrito del espacio público, sin que se impida a la ciudadanía de su uso, goce, disfrute visual y libre tránsito. (...)” [...] En este contexto, de la exposición normativa y jurisprudencial transcrita, se concluye que las autoridades municipales (concejo y alcaldía) se encuentran facultadas constitucional y legalmente para imponer regulaciones y restricciones al uso del espacio público, dada la prevalencia del interés general que subyace en este. Así mismo, las

autorizaciones, permisos, licencias y similares que se conceden para el uso del espacio público no son derechos absolutos, deben ceder frente al interés público o general y armonizarse con los demás derechos reconocidos constitucional y legalmente. [...] [E]n relación con la autorización concedida a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. por parte del Acuerdo 033 de 9 de septiembre de 1991, para obtener una contraprestación como consecuencia de la utilización del espacio público necesario para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla, el acto acusado (Decreto Distrital 008 de 17 de enero de 2007), transcrito en el acápite anterior (II.3), en ninguno de sus artículos preceptúa expresamente que se revocará esa autorización. Ahora bien, a partir de una lectura integral del acto demandado, tampoco se observa que éste prohíba o impida que la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. utilice, previo cumplimiento del acto acusado, los espacios públicos que sean necesarios para el desarrollo del mentado carnaval. Lo que se advierte en el acto acusado son una serie de limitaciones o restricciones generales para el uso del espacio público en ese evento, más no una eliminación de la autorización que le fue otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A. para obtener una contraprestación por la utilización del espacio público para la realización del carnaval. A juicio de la parte recurrente, el acto acusado revocó la autorización para usar el espacio público en la medida en que el artículo 6 preceptúa que las licencias para la ocupación temporal del espacio público, deben ser solicitadas ante la Secretaría de Planeación Distrital. En este punto, la Sala comparte la postura del tribunal, toda vez que la autorización que le fue otorgada a la sociedad CARNAVAL DE BARRANQUILLA S.A., en el Acuerdo 033 de 9 de

septiembre de 1991, es para efectos de recibir la contraprestación económica que generan las actividades desarrolladas en el Carnaval de Barranquilla en las calles, vías y demás espacios públicos necesarios para la realización del mismo. Pero ello no quiere decir que pueda disponer de manera libre e ilimitada del espacio público, pues el control sigue estando en cabeza del Estado, en este caso el Distrito de Barranquilla, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 constitucional [...] En este sentido, la licencia de que trata el artículo 6 del acto acusado es con el objetivo de hacer cumplir las limitaciones previstas en ese acto para utilizar el espacio público dentro de los parámetros allí dispuestos, más no constituye una prohibición a la sociedad Carnaval de Barranquilla S.A. para seguir organizando el carnaval y obtener las contraprestaciones económicas derivadas del mismo por el término de 50 años. En este mismo sentido, la Sala observa que la autorización que le fue otorgada a Carnaval de Barranquilla S.A. por parte del Acuerdo 33 de 1991 fue general, es decir, se trató de una autorización para obtener una contraprestación por la utilización de las calles, avenidas y demás espacios públicos que se juzguen necesarios para el desarrollo normal de las actividades del Carnaval de Barranquilla. En esa autorización no se especifica un espacio en particular o una vía específica respecto de la cual la sociedad actora pueda alegar el desconocimiento de un derecho. En consecuencia, la citada sociedad, aparte de poder hacer uso de los espacios que se delimitaron en el acto acusado, también puede hacer uso de los demás espacios que no se encuentran limitados por el acto acusado, pues la autorización que le fue concedida fue en general respecto del espacio público necesario para el desarrollo normal de las actividades del carnaval.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de mayo de 2021, C. P. Oswaldo Giraldo López, radicación: 08001-23-31-703-2007-00342-01.](#)

3. Se decreta la pérdida de la investidura de unos concejales por incurrir en la causal de indebida destinación de dineros públicos, al reconocer y ordenar el pago de auxilios educativos de primaria, secundaria y educación superior a familiares de empleados de la corporación

Síntesis del caso: *Se solicitó que se despojara de su investidura a los concejales del municipio de Barrancabermeja (Santander), período constitucional 2016-2019, por considerar que incurrieron en la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, prevista en los artículos*

55, numeral 3, de la Ley 136 de 2 de junio de 1994 y 48, numeral 4, de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Concejal / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS - Presupuestos / DINEROS PÚBLICOS - Concepto / PROGRAMAS DE BIENESTAR SOCIAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS / SISTEMA DE ESTÍMULOS DE LOS EMPLEADOS DEL ESTADO - Educación formal / PRINCIPIO DE PROFESIONALIZACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO / PROGRAMAS DE EDUCACIÓN FORMAL - Incentivos no pecuniarios en forma de beca / RECURSOS DESTINADOS A PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN Y BIENESTAR SOCIAL - Prohibición de otorgar beneficios directos en dinero o en especie / AUXILIOS EDUCATIVOS / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS - Al reconocer en favor de los hijos de los empleados del concejo y autorizarles el pago directo de sumas de dinero por concepto de auxilios educativos / CONDUCTA GRAVEMENTE CULPOSA - Configuración

Problema jurídico: “[E]stablecer si los concejales demandados, señores LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO y LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA, incurrieron en la comisión de la causal de pérdida de investidura de indebida destinación de dineros públicos, prevista en los artículos 55, numeral 3, de la Ley 136 y 48, numeral 4, de la Ley 617.

Tesis: “[L]os demandados, al expedir las resoluciones núms. 031 de 14 de marzo, 041 de 11 de abril, 061 de 19 de junio y 080 de 24 de septiembre de 2019, mediante las cuales se reconocieron unos auxilios educativos para primaria, secundaria y educación superior de hijos de empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) y se ordenaron sus respectivos pagos, incurrieron en indebida destinación de dineros públicos. En primer término, porque aquellos se ordenaron pagar en dinero, directamente, a los referidos empleados, pese al mandato establecido en el artículo 18 de la Ley 1940, según el cual los recursos destinados a programas de bienestar social, dentro de los que se encuentran los estímulos de educación formal, no pueden servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie. Se recuerda que, en los términos del artículo 4º del Decreto Ley 1567 de 1998, la educación definida como formal por las leyes que rigen la materia no está incluida en los procesos definidos como ‘capacitación’, sino que el apoyo de las entidades a programas de ese tipo hace parte de los programas de bienestar social e incentivos y se regirá por las normas que regulan el sistema de estímulos. Además, de acuerdo con el artículo 33 del Decreto Ley 1567 de 1998, la educación formal quedó prevista bajo la modalidad de becas como un incentivo no pecuniario, para lo cual el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander) tenía que haber seleccionado y asignado los incentivos no pecuniarios para el mejor equipo de trabajo y para sus mejores empleados, de acuerdo con los criterios, los requisitos, la organización y los procedimientos

establecidos en la pluricitada norma, todo lo cual se omitió en el caso concreto. Estos pagos realizados por el concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), según consta en las mencionadas resoluciones y comprobantes de egreso, permiten advertir que no fueron girados a las instituciones educativas bajo la modalidad de becas sino que fueron enviados directamente a los empleados sindicalizados de ese concejo municipal, lo cual constituye una indebida destinación de dineros públicos en la medida en que la misma corporación permitió que resultaran por fuera del propósito establecido en los acuerdos laborales que le sirvieron de fundamento, esto es en contravía del mandato establecido en el mencionado artículo 18, de la Ley 1940. Pero, además, como fue reseñado, ello tampoco fue consecuencia de un diligente proceso de selección y asignación de incentivos no pecuniarios para el mejor equipo de trabajo ni para sus mejores empleados, de acuerdo con los criterios y requisitos preestablecidos en la reglamentación, tales como llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad para la época de expedición de las citadas resoluciones y acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio, circunstancias que permanecen improbadas en el presente asunto, -artículo 2.2.10.5 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015-. [...] A partir de lo anterior, la Sala observa con certeza que los denominados ‘auxilios educativos para primaria, secundaria y educación superior’ reconocidos, autorizados y pagados a los hijos de empleados públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), constituyeron en la práctica erogaciones arbitrarias e irregulares que no cumplieron con los estrictos lineamientos preestablecidos por el sistema de estímulos para los empleados del Estado y sus programas de incentivos en educación formal, esto es que, en los términos del artículo 355 de la Carta

Política, desarrollado legalmente por el artículo 41, numeral 7, de la Ley 136, los concejales demandados incurrieron en la prohibición de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales, restricción de especial acatamiento al interior de esta corporación pública territorial. [...] La diligencia, prudencia y cuidado en el asunto bajo examen, riñen con el comportamiento asumido por los

demandados, señores LEONARDO GONZÁLEZ CAMPERO y LUÍS FERNANDO CALDERÓN MEJÍA, a quien se le reprocha haber destinado indebidamente los dineros públicos del concejo municipal de Barrancabermeja (Santander), como consecuencia de una conducta gravemente culposa, lo que corresponde a la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de mayo de 2021, C. P. Nubia Margoth Peña Garzón, radicación: 68001-23-33-000-2020-00172-01\(PI\).](#)

4. Se configura la falsa motivación del acto administrativo cuando sus conclusiones no tienen soporte fáctico y jurídico en el expediente administrativo

Síntesis del caso: *Se presentó demanda para obtener la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios impuso sanción de multa a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. - E.S.P., por la violación a lo dispuesto en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, artículo 123 del Decreto 2150 de 1995 y el artículo 9 del Decreto 2223 de 1996.*

SANCIÓN DE MULTA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – A la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. por vulneración de las normas sobre defensa del usuario / EMPRESAS PRESTADORAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Término para resolver las peticiones, quejas y recursos / INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA – Respecto de las aportadas relativas a la imposibilidad de dar respuesta a un derecho de petición que no fue radicado ante la empresa / RESPUESTA A PETICIÓN POR PARTE DE EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – No puede exigírsele cuando no la recibió / FALTA DE CONGRUENCIA – Entre lo probado y lo referidos en los actos administrativos demandados / FALSA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Configuración

Problema jurídico 1: “[D]eterminarse si las Resoluciones 3986 de 10 de mayo de 2004 «Por medio de la cual se resuelve sancionar a una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios», 7464 de 17 de agosto de 2004 «Por la cual se resuelve un recurso de reposición presentado por una Empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios» y 2746 de 22 de septiembre de 2004, por la cual se resolvió el recurso de queja en contra de la Resolución 7464 de 2004, expedidas por la SSPD vulneran normas de superior jerarquía por haberse expedido: i) con violación a las normas procesales y sustanciales en que debería fundarse, y ii) con violación al debido proceso.”

Tesis 1: “De los antecedentes administrativos allegados al expediente en sede judicial, se advierte que la SSPD en ninguno de los tres actos administrativos demandados, realiza un análisis respecto de la prueba aportada por la ETB S.A. E.S.P., relativas a la imposibilidad de dar respuesta a un derecho de petición que no fue radicado ante ella.

Inclusive, encuentra la Sala que los argumentos para descartar lo aportado no tiene relación con el caso de la señora Lucero Arbeláez de Rucinke. Por ende, no se establece la razón por la cual la afirmación realizada por la empresa y la prueba aportada donde ratifica que no hay registros de la radicación de dicha petición, no resultan válidos para la SSPD. Los antecedentes administrativos, contrario a lo manifestado por la SSPD y por el Tribunal a quo, dan cuenta de una falta de congruencia entre lo probado y lo referido en los actos administrativos demandados. Como se puede determinar de los apartes citados en los puntos 156.5 y 156.7 de esta providencia, la SSPD deriva el incumplimiento de la ETB S.A. E.S.P. al no encontrar en el expediente administrativo la respuesta al derecho de petición de la señora Arbeláez de Rucinke, y reprocha de la empresa que no hubiere presentado prueba alguna en ese sentido. Lo anterior, resulta incongruente pues no puede exigirse de la empresa presentar prueba de la respuesta a un derecho de petición que nunca

recibió. Al menos en dos documentos que reposan en el expediente administrativo hay constancia de que la persona que aparece recibiendo la queja, no es funcionaria de la empresa de servicios públicos domiciliarios. Así las cosas, no puede derivarse el incumplimiento en la atención de esa queja o petición y la aplicación de su respectiva sanción, cuando la ETB S.A. E.S.P. no tuvo la oportunidad de conocerla y así lo pone de presente a la entidad. Resulta desproporcionada la carga que le exige la SSPD a la empresa, pues demanda de ella la respuesta sobre un asunto del que no tuvo la posibilidad de conocer. Adicionalmente, se evidencia que las conclusiones que deriva la SSPD del expediente administrativo no guardan relación con las pruebas aportadas. Tampoco se encuentra que la SSPD hubiera realizado un análisis, siquiera somero, de lo alegado y probado

por la ETB S.A. E.S.P. y, por ende, se vulneró el derecho al debido proceso por ausencia en la valoración probatoria de los documentos allegados por la empresa de servicios públicos. En consecuencia, para la Sala resulta claro que las Resoluciones 3986, 7464 y 2746 de 2004 están afectadas de falsa motivación, en tanto las conclusiones a las que arriba la SSPD no tienen soporte fáctico y jurídico en el expediente administrativo. En dichos actos, se hace alusión a la falta de respuesta o a la ausencia de notificación de la respuesta, cuando la empresa, en reiteradas oportunidades, manifestó y allegó documentos para probar que nunca recibió la petición por la que se endilga el incumplimiento del régimen de servicios públicos.

RECURSOS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE PONEN FIN A LA ACTUACIÓN EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS / CONTROL, INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DE LAS ENTIDADES PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS – Corresponde al Presidente de la República por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios / FUNCIONES PRESIDENCIALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – Desarrollo por medio del Superintendente y sus delegados / DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – En los funcionarios de la entidad / FACULTAD SANCIONATORIA EN SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Está asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como órgano / ACTO DE DELEGACIÓN DE FACULTADES SANCIONATORIAS DEL SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - Debe entenderse que quien delega realmente es el Presidente de la República / DELEGACIÓN DEL SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS - En el Director Territorial Centro / RECURSOS PROCEDENTES CONTRA LAS DECISIONES QUE TOME EL DELEGATARIO – Solo reposición

Problema jurídico 2: “[D]eterminar si las funciones delegadas al director territorial Centro de la SSPD, para la expedición de las Resoluciones 3986, 7464 y 2746 de 2004, lo fueron por funcionario distinto al Presidente de la República. Lo anterior, por cuanto esta circunstancia es la que marca el derrotero para definir los recursos que caben contra los actos expedidos por el funcionario delegatario.”

Tesis 2: “[E]ncuentra la Sala que entre las facultades otorgadas a la SSPD está la de sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios – num. 25 del artículo 79 – y, en consonancia, el parágrafo 2º del mismo artículo 79, establece que es función del Superintendente la de imponer sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas. Por su parte, el Decreto 990 de 2002, atribuyó al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en el numeral 4º del artículo 7, la función antes referida del artículo 79.25 de la Ley 142 de 1994. En esa línea, de las Resoluciones 3986, 7464 y 2746 de 2004 demandadas, se evidencia que fueron dictadas por el Director Territorial Centro de la SSPD, invocando las facultades delegadas por el

Superintendente de Servicios Públicos, mediante la Resolución 7605 de 23 de mayo de 2002 «Por la cual se delegan unas funciones». En esa resolución, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, en el artículo 2º delegó en los Directores Territoriales, dentro de su jurisdicción, la función de «investigar y sancionar a las empresas que no respondan en forma oportuna y adecuada las quejas de los usuarios». Por lo tanto, si bien medió un acto de delegación por parte del Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, debe ponerse de presente que éste último servidor público está actuando en ejercicio de la función constitucional del Presidente de la República, asignada por la Ley 142 de 1994, en virtud del principio de desconcentración orgánica o funcional. En esa medida, cuando el Superintendente, atendiendo los principios del artículo 209 de la Constitución Política y el 9 de la Ley 489 de 1998, delega en el Director Territorial Centro, debe entenderse que quien delega realmente es el Presidente de la República. En consecuencia, la existencia del acto administrativo de delegación no tiene la virtualidad de desnaturalizar la función que se

delega. En otras palabras, cuando el Superintendente delega la función atribuida por el numeral 25 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994, ésta sigue siendo primigeniamente la facultad constitucional del Presidente de la República, que por lo dispuesto en el artículo 370 superior ejercerá a través del

Superintendente y sus delegados. En ese sentido, contra las decisiones que tome el delegatario procederán únicamente el recurso de reposición, en aplicación de la excepción del inciso segundo del artículo 113 de la Ley 142 de 1994”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 13 de mayo de 2021, C. P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación: 25000-23-24-000-2004-01160-01.](#)

SECCIÓN SEGUNDA

1. No se configura la vulneración del derecho al debido proceso por error inducido por el desconocimiento de un documento que no fue aportado regular y oportunamente para el examen de legalidad de un acuerdo conciliatorio, cuando la parte que lo alega es quien, teniéndola en su poder, incumplió con el deber procesal que le asistía de allegarla o advertir sobre su existencia

Síntesis del caso: La UGPP, en ejercicio de la acción de que trata el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, solicitó que se infirme el auto del 11 de octubre de 2017, a través del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aprobó un acuerdo conciliatorio en el que se dispuso reconocer una pensión gracia. En su criterio, dicho acuerdo vulneró el debido proceso, al haberse dado con sustento en pruebas presuntamente falsas.

CAUSALES DE REVISIÓN LITERALES A) Y B) DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY 797 DE 2003 / ACUERDO CONCILIATORIO / RECONOCIMIENTO PENSIÓN GRACIA / VULNERACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / ERROR INDUCIDO

Problema jurídico: *¿Se configuran las causales de revisión previstas en los literales a) y b) del artículo 20 de la Ley 797 de 2003, al haberse aprobado el acuerdo conciliatorio, que dispuso reconocer y pagar la pensión gracia en favor de la señora (...), con fundamento en documentos presuntamente falsos, en relación con su vinculación como docente oficial nacionalizada anterior a 1980?*

Tesis: “[...] el error inducido es identificado como aquel que se presenta cuando la autoridad judicial es engañada por terceros y ello la conduce a adoptar una decisión judicial que afecta los derechos fundamentales de quienes intervienen en el proceso. En otras palabras, el error inducido es externo al funcionario judicial, pero este lo admite como cierto, debido a la manipulación de otras personas que conlleva a que se profiera una decisión judicial equivocada. [...] la UGPP no contestó la demanda, no solicitó pruebas en el decurso procesal ni discutió la autenticidad de aquellas que aportó la demandante. Su actuación estuvo limitada a radicar los poderes para su representación judicial y, a presentar la decisión adoptada en Acta 389 por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial, mediante la cual se

recomendó conciliar, en el sentido de reconocer y pagar la pensión gracia solicitada. [...] para el Tribunal [...] las probanzas obrantes en el dossier podían ser analizadas sin ningún tipo de exclusión, en tanto aquellas no fueron desconocidas ni tachadas por parte de la entidad pensional. En esa medida, una vez verificó el cumplimiento de los presupuestos para acceder al derecho pensional y examinado el acuerdo para evitar afectación al erario, estimó adecuado impartir su aprobación. En otras palabras, la decisión judicial objeto de revisión se adoptó siguiendo los presupuestos del debido proceso. [...] Es de anotar que, aun cuando el Oficio 2016503267 del 14 de enero de 2016 y el informe de seguridad del 16 de febrero del mismo año, con base en los cuales la UGPP fundamenta la presente acción, fueron proferidos con anterioridad a la decisión del 11 de octubre de 2017, hoy en discusión, y que eran conocidos por la entidad pensional, esta omitió entregarlos al juez de conocimiento para que se pronunciara sobre su contenido. Sin embargo, sí allegó el acta expedida por el Comité de Conciliación, en la que se recomendaba conciliar en el sentido de reconocer la prestación reclamada [...].

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 24 de junio de 2021, C.P. William Hernández Gómez, radicación: 11001-03-25-000-2018-00943-00 \(3189-2018\)](#)

2. Régimen pensional aplicable a docente que prestó servicios en el sector público y privado ajeno a la actividad docente

Síntesis del caso: *Un docente que prestó servicios en forma discontinua en el sector público docente y privado distinto a dicha actividad, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes a la Secretaría de Educación Municipal de Cali, la cual le fue negada por no cumplir el requisito de edad consagrado en la Ley 71 de 1998. Contra dicha decisión interpuso el recurso de reposición frente al cual guardó silencio la administración.*

RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A DOCENTE QUE PRESTÓ DE SERVICIOS EN EL SECTOR PÚBLICO Y EN EL PRIVADO AJENO A LA ACTIVIDAD DOCENTE - Al docente beneficiario del régimen de transición es aplicable la Ley 71 de 1998, de lo contrario se aplica la Ley 100 de 1993 / PENSIÓN POR APORTES / PENSIÓN DE JUBILACIÓN - Requisitos

Problema jurídico: *¿Cuál es el régimen aplicable para el reconocimiento pensional para quien acredita tiempos privados ajenos a la docencia y públicos en dicha condición?"*

Tesis : "En la hipótesis del docente oficial que sin el tiempo de 20 años en el sector público, pretende completarlos con tiempos servidos como trabajador privado, debe verificarse su situación con base en la Ley 71 de 1988, siempre que sea beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; pues de lo contrario, deberá acudir íntegramente a esta última norma.(...) la Sala encuentra que el demandante para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, acreditaba una edad de 37 años y un tiempo de servicios privados por un espacio de 13 años, periodo durante el cual cotizó a seguridad social al ISS. Asimismo, que durante su vida laboral se ha desempeñado en el sector privado y público por más de 30 años, de los cuales 18 fueron como docente oficial, iniciando el 5 de enero de 1995, periodo durante el cual realizó aportes al FOMAG. Así las cosas, es posible establecer que al actor le es inaplicable el régimen pensional del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, pues, (...) Por ende, al establecerse que al demandante no le asiste el derecho a la aplicación del régimen pensional de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, es posible concluir que el estudio para el reconocimiento de la pensión debe realizarse teniendo en cuenta las disposiciones consagradas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. es procedente solo para los docentes oficiales que demuestren 20 años de servicios en el sector público, situación que no se predica del actor, dado que a la fecha de la presentación de la demanda únicamente contaba con 18 años de labores en dicha calidad. Es de señalarse, que si bien es cierto el accionante sigue desempeñándose como docente

oficial, también lo es, que los tiempos posteriores a la presentación de la solicitud de pensión, esto es, el 10 de abril de 2012, no pueden ser tenidos en cuenta para el reconocimiento prestacional por falta de decisión previa de la entidad accionada. También se tiene, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 37 años de edad (sic) y un tiempo de servicios de 13 años al momento de la entrada en vigencia de dicha norma; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente en los términos que dispuso el *a quo*, esto es, a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994. Por ende, al establecerse que al demandante no le asiste el derecho a la aplicación del régimen pensional de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, es posible concluir que el estudio para el reconocimiento de la pensión debe realizarse teniendo en cuenta las disposiciones consagradas en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. En ese orden, la Sala encuentra que el demandante tampoco reúne los requisitos para que le sea reconocida la prestación, en tanto para el momento en que agotó vía gubernativa, no contaba con 62 años de edad ni acumulaba 1300 semanas, requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, después de cobrar plenos efectos la modificación de tales supuestos instituida por la Ley 797 de 2003. También se tiene, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que, como ya se analizó, únicamente acreditaba 37 años de edad (sic) y un tiempo de servicios de 13 años al momento de la entrada en vigencia de dicha norma; razón por la cual su reconocimiento pensional es improcedente en los términos que dispuso el *a quo*, esto es, a la luz de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 2709 de 1994."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 28 de enero de 2021, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 76001-23-33-000-2013-00942-01\(2075-](#)

18).

3. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda del Consejo de Estado avocó conocimiento para dictar sentencia de unificación, en relación con la actualización de honorarios de un conjuer de Tribunal

Síntesis del caso: *Una conjuer del Tribunal Administrativo del Quindío solicitó el reconocimiento y pago de honorarios a la Dirección Seccional de Administración Judicial del Quindío. Por dicho concepto se reconoció la suma de \$124.010, valor que se liquidó según lo regulado en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1969. Frente a la anterior decisión se interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, en el que se solicitó la indexación de dicha suma de acuerdo con el índice de precios al consumidor, petición que se resolvió negativamente por la Dirección Seccional del Quindío. Al resolver el recurso de apelación la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial confirmó la decisión.*

**SE AVOCA CONOCIMIENTO PARA DICTAR SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SOBRE LA ACTUALIZACIÓN HONORARIOS DE CONJUEZ DE TRIBUNAL / REAJUSTE MONETARIO MEDIANTE INDEXACIÓN DE LAS TARIFAS / INDEXACIÓN DE HONORARIOS DE CONJUEZ DE TRIBUNAL -
Procede de oficio o a petición de parte / INDEXACIÓN DE HONORARIOS DE CONJUEZ DE TRIBUNAL
- Trámite administrativo**

Problema jurídico: *¿Cuáles son las reglas que deben regir los honorarios de un conjuer de Tribunal en relación con el reajuste monetario mediante la indexación de las tarifas, consagradas en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1969, así como, establecer si ésta procede de oficio o a petición de parte y el trámite administrativo que se debe adelantar ante la administración?*

Tesis: "En el presente caso, no está en discusión el tema del derecho al pago de los honorarios que como conjuer de tribunal le fue reconocido a la demandante, pues respecto de esta decisión la actora no opuso manifestación alguna, en cambio lo que sí está en entredicho, es el tema de la omisión en la actualización o indexación en los actos demandados de una tarifa del año 1969, que por el paso del tiempo se depreció hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, como lo pidió la accionante. Respecto de la falta de actualización a valor presente de la suma de dinero que le fue reconocida, instrumento de corrección

monetaria conocido como indexación cuya finalidad no es incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo trayéndolo a valor presente, esta Sección precisa la necesidad de fijar una regla que de manera uniforme y en condiciones de igualdad, se aplique a casos que se encuentren en similar situación fáctica, por lo que resulta necesario definir las reglas de unificación en relación con los siguientes temas:-Reajuste monetario mediante indexación de las tarifas que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2266 de 1969, se deben pagar a los conjueres de tribunal, por concepto de honorarios.-La indexación procede de oficio o a petición de parte, como quiera que, en el presente caso, la apelante solicitó el reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de ejecutoria del acto de reconocimiento en julio de 2010 hasta la ejecutoria de la sentencia que declaró la indexación.- Trámite administrativo para el reconocimiento de los honorarios de Conjuer, de acuerdo con el marco legal.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto de 06 de mayo de 2021, C.P. César Palomino Cortés, radicación: 63001-23-31-000-2010-00299 01\(2097-13\).](#)

4. No procede el reintegro a un cargo de libre nombramiento y remoción que se desempeñe en comisión, como consecuencia del levantamiento de la medida suspensión en el ejercicio del cargo por orden judicial

Síntesis del caso: *El director Seccional del DAS del Departamento de la Guajira, fue suspendido en el cargo por orden judicial. Posteriormente, se levantó la medida y la administración en cumplimiento de la decisión reintegró al servidor público en el cargo de detective, en el cual se encontraba nombrado en propiedad, y negó al reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales por considerar que era una circunstancia ajena al servicio. Decisión contra la cual interpuso recurso de reposición en el que solicitó el reintegro al cargo de director Seccional y el pago respectivo de los salario y prestaciones sociales, lo cual dio lugar sólo al reconocimiento prestacional de acuerdo con el cargo de detective. En respuesta al recurso de apelación se confirmó la decisión.*

LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN EN EL CARGO POR ORDEN JUDICIAL / REINTEGRO AL CARGO DESEMPEÑADO EN COMISIÓN DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – Improcedencia

Problema jurídico: *¿Procede el reintegro al cargo de director seccional del DAS, de libre nombramiento, que desempeñaba el servidor en comisión al momento de hacer efectiva la medida de suspensión provisional por orden judicial, o por el contrario, su regreso a la entidad debía efectuarse al empleo de carrera del que era titular y en consecuencia el reconocimiento salarial y prestacional?*

Tesis: “Procede el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar durante el lapso de suspensión, una vez dispuesto el reintegro del empleado público afectado con la medida, puesto que la orden de suspenderlo no implica el rompimiento de la relación laboral, sino una condición resolutoria y temporal. Sin perjuicio de lo expuesto en precedencia, resulta necesario anotar que, si de lo que se trata es de retrotraer la situación laboral del afectado al estado anterior, como si nunca se hubiera expedido el acto de suspensión, no cabe duda que, por regla general, el reintegro debe realizarse al mismo empleo que el interesado desempeñaba cuando ello ocurrió, sin que sea dable, entonces, pregonar que los reconocimientos económicos derivados de la

vinculación legal y reglamentaria sean susceptibles de ser liquidados con base en asignaciones diferentes a la que correspondía.(...) En el caso *sub examine*, debe recordarse que el actor es titular de un cargo de carrera, pero cuando fue suspendido desempeñaba, en comisión de servicio, uno de libre nombramiento y remoción, situación que impide aplicar la jurisprudencia invocada por aquel, por cuanto su base fáctica difiere respecto de la aquí expuesta, pues en aquellos eventos, si bien los afectados por la orden de suspensión provisional eran incorporados a sus anteriores empleos, lo cierto es que en ninguno de ellos se presentaba la situación administrativa de la comisión.(...) En tal sentido, para esta subsección la decisión de la Administración, consistente en reintegrar al accionante a su otrora cargo de carrera de detective profesional 207-10, se encuentra ajustada a derecho, por cuanto con ella se garantizaron todas las prerrogativas laborales, en especial la permanencia en la carrera especial y la estabilidad laboral, que pudieron verse afectadas con la orden de suspensión provisional ordenada por la jurisdicción ordinaria penal.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 18 de marzo de 2021, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación: 44001-23-31-000-2012-00016-01\(2035-18\).](#)

5. Se reitera la imprescriptibilidad en el régimen anualizado de cesantías de la obligación del empleador de realizar los pagos correspondientes mientras continúe vigente el vínculo laboral. Así mismo, las reglas de la prescripción trienal de la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las mismas

Síntesis del caso: *funcionaria de la Personería municipal de El Contadero - Nariño, demanda al municipio en procura de obtener el reconocimiento y pago de las cesantías adeudadas correspondientes al periodo comprendido entre el año 1996 y 2001. La entidad territorial demandada alegó la prescripción de la prestación social y de la sanción moratoria establecida por la ley en el régimen anualizado de cesantías.*

CESANTÍAS / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS CESANTÍAS / IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL AHORRO DE CESANTÍAS

Problema jurídico 1: *¿Procede el reconocimiento y pago de las cesantías y de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 reclamadas por el periodo comprendido entre el 23 de julio de 1996 al 02 de noviembre de 2001?*

Tesis 1: “[...] se considera que pese a que en el régimen anualizado de cesantías el empleador se encuentra obligado a consignar la suma respectiva por esta prestación social en el fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el trabajador, antes del 15 de febrero del año siguiente al de la causación del derecho, no es posible tomar esta misma fecha a efectos de contabilizar el fenómeno jurídico de la prescripción, pues la finalidad de esta prestación es constituir un ahorro a favor del trabajador para cuando éste se encuentre cesante, y es a partir de este momento en que se hace uso del auxilio. El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo. Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por

parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador. Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone. Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado. [...] teniendo en cuenta que, dentro del material probatorio, no se observan las consignaciones del auxilio de cesantías al fondo escogido por la demandante (...) el ente territorial está en la obligación de efectuar dicho reconocimiento y hacer las consignaciones al fondo respectivo, por lo que en ese sentido le asiste razón al a quo, al acceder al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías del 23 de julio de 1996 al 2 de noviembre de 2001. De acuerdo con lo anterior, es evidente que el Municipio de El Contadero sí incurrió en mora en la consignación de las cesantías generadas a favor de la demandante para los años 1996 a 2001, toda vez que, en aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se debieron consignar, a más tardar, el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

CESANTÍAS / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS CESANTÍAS / PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS

Problema jurídico 2: *¿Las cesantías y la sanción moratoria se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción?*

Tesis 2: “[...] la sección segunda acogió la tesis de la prescripción en asuntos relativos a sanción moratoria con fundamento en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. En ese orden, atendiendo las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia de unificación de 6 de agosto de 2020, la demandante disponía de 3 años para reclamarlas, y ésta presentó la reclamación de la sanción moratoria en sede administrativa el 15 de agosto de 2012, de modo que se configuró la prescripción extintiva de la aludida sanción. [...] Es preciso recordar que la regla fijada en la sentencia de unificación de 6 de agosto de 2020 establece que «(i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación

administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva». En el presente caso se muestra evidente la configuración del medio exceptivo de prescripción, toda vez que la obligación se hizo exigible a partir del momento en que se generó el incumplimiento, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago -15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio- y la señora Vallejo dejó transcurrir un lapso superior a tres años sin realizar la reclamación administrativa de la sanción moratoria. En consecuencia, se modificará la sentencia de 30 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en la medida que solo resulta procedente acceder a la pretensión de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías por el periodo comprendido entre el 23 de julio de 1996 y el 02 de noviembre de 2001, y no a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, pues respecto de esta última se configuró el medio exceptivo de prescripción extintiva.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 24 de junio de 2021, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 52001-23-33-000-2013-00218-01\(4327-2014\)](#)

SECCIÓN TERCERA

1. La existencia del pacto arbitral no está condicionada al uso de fórmulas sacramentales ni a la renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria del Estado

Síntesis del caso: *La Uspec interpuso recurso extraordinario de anulación contra el laudo que resolvió las controversias surgidas dentro de un contrato de consultoría suscrito con un consorcio. A juicio de la Uspec, el laudo debía ser anulado por inexistencia del pacto arbitral, ya que la cláusula de “solución de controversias” no contenía una voluntad inequívoca de acudir al arbitraje.*

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL / PACTO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL PACTO ARBITRAL / REQUISITOS DEL PACTO ARBITRAL / VALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL / INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO / FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO / INEXISTENCIA DE PACTO ARBITRAL

Problema jurídico: *¿Puede existir pacto arbitral a pesar de que no exista en el contrato una cláusula expresa que así lo establezca?*

Tesis: “Para determinar si existió pacto arbitral anterior es legítimo que el juez interprete lo estipulado en el contrato, puesto que la ley, aunque exige la expresión del consentimiento dirigido a pactar el arbitramento, no impone la utilización de una fórmula sacramental y no exige la renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria del Estado. La inexistencia no se deduce de la ausencia de una estipulación en la que, de manera, clara, expresa e inequívoca las partes hayan acordado acudir a arbitramento. La inexistencia se deduce cuando se acredita que las partes de ninguna manera manifestaron su voluntad de pactar arbitramento y que, de lo dicho en el contrato, sin duda alguna no puede deducirse la existencia de tal voluntad; y esto, como quedó dicho

antes, no está demostrado en este caso. En este punto la Sala advierte que podría relevarse una modificación legislativa dirigida a eliminar la exigencia de renunciar de manera expresa a la jurisdicción ordinaria; si conforme con las normas compiladas en el Decreto 1818 de 1998 podía considerarse que se requería de esta formalidad, habría que concluir que en la Ley 1563 tal exigencia no existe y que ella se sustituya por una <<inferencia>> o consecuencia implícita señalando que quien pacta arbitramento renuncia a la jurisdicción estatal. [...] Cabe indicar que no hay duda acerca de que la cláusula compromisoria puede estar en el contrato o en documentos diferentes, en virtud del artículo 4º de la Ley 1563 de 2012. No es necesario, entonces, que la cláusula obre únicamente en el texto del contrato, sino que puede estar contenida en el pliego de condiciones. Sobre todo, cuando éste forma parte integral del contrato.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de junio de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-26-000-2020-00047-00\(66030\).](#)

Salvamento de voto del consejero Alberto Montaña Plata

PACTO ARBITRAL / PROCEDENCIA DEL PACTO ARBITRAL / REQUISITOS DEL PACTO ARBITRAL / VALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL / INEXISTENCIA DE PACTO ARBITRAL

Tesis: “La principal razón por la que me aparto de la referida Sentencia es porque esta desconoció el fundamento y la esencia del arbitraje, correspondiente a la autonomía de la voluntad, pues para acudir a este mecanismo debe existir una declaración clara y expresa de la voluntad de las partes de someter sus controversias al conocimiento de un Tribunal Arbitral. Contrario a lo anterior, la decisión abiertamente “infirió” la voluntad de la USPEC y del Consorcio MPS de solucionar sus conflictos mediante este mecanismo. La cláusula de “solución de controversias” contenida en el contrato

simplemente planteó varias opciones de mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) a los que podrían acudir las partes en caso de surgimiento de un conflicto. En efecto, la cláusula estableció que estas “acudir[ían] a los mecanismos de solución previstos en el Estatuto de contratación y la Ley, tales como el arreglo directo, la conciliación, amigable composición, transacción o el arbitraje”. Además, las partes ni siquiera estaban obligadas a acudir a alguno de tales mecanismos, pues estos se indicaron de forma enunciativa. Incluso, la citada cláusula de “solución de controversias” contempló

tanto mecanismos autocompositivos (arreglo directo, conciliación y transacción), como heterocompositivos (amigable composición y

arbitraje), por lo que ni siquiera es claro si la voluntad de las partes era que sus controversias fueran dirimidas por un tercero.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de junio de 2021, C. P. Martín Bermúdez Muñoz, radicación: 11001-03-26-000-2020-00047-00\(66030\).](#)

2. Se anula parcialmente laudo arbitral por no analizar de fondo los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa

Síntesis del caso: *Mediante un Laudo Arbitral, un Tribunal declaró el incumplimiento de un contrato por parte de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios y, a la vez, declaró que hubo enriquecimiento sin justa causa a favor de la contratante y, como consecuencia, la condenó a pagar al contratista las mayores cantidades de obra, material y mano de obra en los que este tuvo que incurrir. La empresa recurrió el Laudo e interpuso, entre otras, la causal séptima de anulación.*

ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Configurada / ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Falta de estudio de la excepción de inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Su competencia para resolver la pretensión atinente al enriquecimiento sin causa implica un análisis distinto al relativo al estudio de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa / COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO – Es competente para conocer de las pretensiones de enriquecimiento sin causa / CONFIGURACIÓN DEL FALLO EN CONCIENCIA

Problema jurídico: *¿se configuró fallo en conciencia del laudo arbitral expedido al no resolver de fondo la excepción de inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa?*

Tesis: La Sala declarará fundada la causal séptima de anulación por este supuesto, en virtud de que el Tribunal no estudió la excepción de “inexistencia de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa”, de lo cual se colige que la decisión del Tribunal respecto del enriquecimiento sin causa se tomó con ausencia de fundamento jurídico. En la contestación de la reforma de la demanda presentada por DISPAC, esta formuló la referida excepción. La convocada señaló que “el enriquecimiento sin causa, por sí solo es la fuente de las obligaciones, no requiere de un acto jurídico ni un hecho que le den vida” y concluyó que en el caso concreto no se cumplían los elementos que permitían la configuración de dicha institución. Como ya se referenció al exponer las consideraciones del Laudo, luego de resolver que sí era competente para decidir sobre la pretensión relativa al

enriquecimiento sin causa, el Tribunal decidió no estudiar esta excepción, por considerar que su análisis estaba subsumido dentro de la determinación de su competencia [...] La referida argumentación del Tribunal es errada. Su competencia para resolver la pretensión atinente al enriquecimiento sin causa implica un análisis distinto al relativo al estudio de los elementos que configuran el enriquecimiento sin causa. Así, es equivocada la consideración de que el análisis de la excepción estaba subsumido en la definición de su competencia, lo que da cuenta de la falta de estudio por parte del Tribunal de la citada excepción. Adicionalmente, la falta de análisis de los elementos del enriquecimiento sin causa configuró un fallo en conciencia o equidad, pues, antes de conceder la pretensión SEXTA BIS –que pretendía la declaración de enriquecimiento sin causa–, el Tribunal debió haber estudiado la presencia de los elementos definidos por la jurisprudencia para la configuración de la institución.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 02 de junio de 2021, C. P. Alberto Montaña Plata, radicación 11001-03-26-000-2020-00048-00\(66031\).](#)

3. Se condena al Ejército Nacional por muerte de campesino en caso de “falso positivo”, a título de falla del servicio y con fundamento en la prueba indiciaria

Síntesis del caso: El 10 de julio de 2008, un campesino salió de su residencia ubicada en el Municipio de Aguachica (Cesar), junto a otra persona, con motivo de una promesa de trabajo que había recibido para laborar en una finca ubicada en Río de Oro (Cesar). Transcurridos varios meses sin que la familia supiera nada de él, esta inició su búsqueda, e hizo la denuncia respectiva ante los organismos de Aguachica (Cesar); para posteriormente descubrir que el cuerpo de su familiar se hallaba en el Instituto de Medicina Legal de Ocaña con varios impactos de bala en cabeza y pierna, y que el Ejército lo había presentado como miembro del Frente 33 de la guerrilla de las Farc, muerto en combate por las tropas del Batallón de Infantería No. 15 de Santander.

FALSO POSITIVO / INVESTIGACIÓN DEL FALSO POSITIVO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS IMPUTABLE A LA FUERZA PÚBLICA / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / DELITOS CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / CRÍMENES CONTRA EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / MUERTE DE CIVIL / DAÑO AL BUEN NOMBRE / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / EJÉRCITO NACIONAL / MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL / MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA FALLA EN EL SERVICIO / CONFLICTO ARMADO INTERNO / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / HOMICIDIO DE PERSONA PROTEGIDA / RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL / INDICIO / GRUPO AL MARGEN DE LA LEY / GUERRILLA / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONCEPTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / DAÑOS CAUSADOS A CIVILES DURANTE CONFLICTO ARMADO / DELITO EN CONFLICTO ARMADO / JUSTICIA ESPECIAL PARA LA PAZ

Problema jurídico 1: *¿Debe responder el Ejército Nacional, a título de falla del servicio, por la muerte de un civil quien fue presentado como guerrillero muerto en combate con fundamento en prueba indiciaria?*

Tesis 1: “[L]a Sala advierte que el daño se encuentra acreditado con la muerte del señor (...) ocurrida, según la parte actora, como producto de una ejecución extrajudicial. En efecto, la víctima apareció como dada de baja en combate por miembros del Ejército Nacional (...) [P]ara la Sala es claro que no existió enfrentamiento armado, y que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio al causar la muerte de manera dolosa a una persona ajena al conflicto armado interno, que se encontraba en estado de indefensión o inferioridad, lo que en el derecho internacional de los derechos humanos recibe el nombre de ejecución sumaria o extrajudicial. En el ordenamiento jurídico colombiano esta conducta punible conocida con el nombre de homicidio en persona protegida ha sido tipificada por el artículo 135 del Código Penal, y pertenece al género de los

delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.(...) Para la Sala es claro, tal como lo afirmó el a quo, que a pesar de que en el presente asunto no existe sentencia penal condenatoria en contra de los militares pertenecientes al Ejército Nacional que dieron muerte al señor (...) ello no obsta para que se estructure la responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Nación - Ejército Nacional, bajo la modalidad de falla en el servicio como título de imputación aplicable, toda vez que en el asunto sub examine la misma se encuentra demostrada a través de las pruebas obrantes en el expediente (...) Así las cosas, como conclusión, para esta Sala resultan contundentes los indicios reseñados tendientes a demostrar que la versión entregada por los militares en los documentos oficiales acerca de lo ocurrido el (...) en la Vereda (...) no es creíble y, por ende, no se ajusta al verdadero desenlace de la situación fáctica.(...) En suma, para la Sala se encuentran acreditados todos los elementos que permiten predicar responsabilidad de la Administración; en contraste con las afirmaciones de la entidad demandada, según la cual,

el día de los hechos se presentó un hostigamiento armado con grupos al margen de la ley, que le permitió en principio hacer aparecer al señor (...) como si se tratara de un guerrillero que falleció en la reyerta militar. Esta conducta, altamente ominosa y censurable de los agentes estatales, produjo graves daños antijurídicos a los demandantes, lo cual conlleva a declarar la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, como consecuencia de la actuación dolosa de los miembros del Batallón de Infantería (...) en atención a que: i) el señor (...) fue retenido y dado de baja por el Ejército Nacional; ii) la víctima no pertenecía a ningún

grupo armado organizado al margen de la ley; iii) no existió combate ni enfrentamiento alguno entre el Ejército y algún grupo armado al margen de la ley el día y la hora señalados; y iv) por último, la demandada no logró –como le correspondía– acreditar la configuración de alguna de las causales excluyentes de responsabilidad previstas por el ordenamiento jurídico.”

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, exp. 05001-23-25-000-1999-00163-01 (32988), C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

EFECTO ERGA OMNES / DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA / DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS / CONFLICTO ARMADO INTERNO / PRINCIPIO DE PACTA SUNT SERVANDA / PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN NORMATIVA / BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / CONCEPTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / NORMATIVIDAD DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL / DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL / DERECHO A LA LIBERTAD DE LOCOMOCIÓN / DERECHO A LA FAMILIA / DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DERECHO AL DEBIDO PROCESO / JUEZ NATURAL / DERECHO A LA VERDAD / DERECHO A LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA / VÍCTIMA DEL CONFLICTO ARMADO / JUEZ ADMINISTRATIVO / CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD / APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Problema jurídico 2: *¿Las obligaciones del Estado derivadas Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, es decir, investigar seriamente, sancionar adecuadamente y reparar integralmente los daños relacionados con ejecuciones extrajudiciales, son plenamente aplicables al juicio interno de responsabilidad estatal, debido a que el juez contencioso administrativo se encuentra vinculado al control de convencionalidad?*

Tesis 2: “Las autoridades del Estado tienen la obligación erga omnes de cumplir los diferentes tratados en materia de derecho internacional público, entre los cuales, los relativos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, cuyos contenidos convergen para tutelar la dignidad de la persona humana, con claras incidencias en el nivel interno. En efecto, el Estado debe organizar todo el poder público en el ámbito legislativo, ejecutivo y judicial a efecto de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, adecuar el ordenamiento jurídico interno a estos lineamientos y respetar los límites impuestos por las normas

humanitarias en situaciones de conflicto armado interno. Lo anterior, porque las obligaciones internacionales vinculan a las autoridades del Estado colombiano a cumplir lo pactado (pacta sunt servanda) y, por tal razón, los deberes funcionales impuestos desde el ámbito del derecho internacional público, son plenamente exigibles en virtud de la integración normativa a través del bloque de constitucionalidad. (...) [De igual forma] la ejecución extrajudicial tiene alcances y connotaciones diferentes, por ende, es urgente definir claramente qué se entiende por la conducta punible de ejecución extrajudicial en el marco del conflicto armado interno. Así, se puede entender que se encuentra configurada esta conducta cuando el servidor público, o particular que actúa por orden, complicidad, tolerancia o aceptación de este, en desarrollo del ejercicio de sus funciones mata a una persona, después de haberla dominado y puesto en estado de indefensión e inferioridad.(...) En suma, el Derecho Internacional de Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el derecho constitucional, imponen claras obligaciones que proscriben conductas relacionadas con ejecuciones extrajudiciales ya que,

por un lado, constituyen graves violaciones a los derechos humanos a la vida, la integridad personal, la libertad de circulación, la familia, entre otros; y, por otro, son serias infracciones a mínimos humanitarios en situaciones de conflicto armado interno. Luego, es importante señalar que una vez consumada alguna de tales infracciones, el Estado debe garantizar el acceso a la administración de justicia, en el marco del debido proceso y el juez natural, para que las víctimas accedan a sus derechos fundamentales a la verdad, la justicia y la reparación integral. En suma, el Estado debe investigar seriamente, sancionar adecuadamente y reparar integralmente los daños

irrogados a las personas sujetas a su jurisdicción, máxime cuando se encuentren en situación de debilidad manifiesta, como lo están las víctimas del conflicto armado interno. Ahora bien, estas obligaciones internacionales son plenamente aplicables al juicio interno de responsabilidad estatal, habida cuenta que el juez contencioso administrativo se encuentra vinculado a un control de convencionalidad.”

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el Derecho Internacional Humanitario, ver, Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, y sentencia C-156 de 1999, M.P. Martha Victoria SÁCHICA (E).

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A CARGO DEL ESTADO / AFECTACIÓN RELEVANTE A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO / BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO / DAÑO AL BIEN CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / CASO FALSO POSITIVO / FALSO POSITIVO / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / DERECHO BLANDO / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / GARANTÍA DE NO REPETICIÓN / DISCULPA PÚBLICA / PUBLICACIÓN EN PRENSA / REMISIÓN DE EXPEDIENTE

Problema jurídico 3: *¿El juez administrativo debe aplicar la falla del servicio como título de imputación de responsabilidad del Estado en casos de homicidio en persona protegida, por violaciones a los deberes funcionales de origen convencional, constitucional y legal, título jurídico?*

Tesis 3: “El régimen de responsabilidad aplicable al caso sublite es el de falla del servicio -título de imputación alegado por los actores en el libelo de la demanda-, ya que nos encontramos frente a una grave violación de los derechos humanos y a una infracción al Derecho Internacional Humanitario. En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sede de reparación directa ha condenado en varios fallos a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por víctimas del conflicto armado que, inexplicablemente, perdieron la vida en presuntos

operativos militares o combates armados con grupos organizados al margen de la ley, bajo el título jurídico de imputación de falla del servicio por las violaciones a deberes funcionales de origen convencional, constitucional y legal a cargo del Estado.(...) [Dichos precedentes judiciales en materia jurisprudencial] sobre falla del servicio por graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario de civiles víctimas del conflicto armado interno (...) [son] aplicable[s] al caso concreto, de conformidad con los elementos que resultaron demostrados en el acápite de hechos probados..”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre del 2013, exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

FINALIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / PROCEDIBILIDAD DE LA MEDIDA DE REPARACIÓN NO PECUNIARIA / DAÑO AL BUEN NOMBRE / DERECHO AL BUEN NOMBRE / RESPONSABILIDAD / PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / CONFLICTO ARMADO / DAÑOS CAUSADOS A CIVILES DURANTE CONFLICTO ARMADO / CONFLICTO ARMADO INTERNO / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL/ CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJÉRCITO NACIONAL / MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL / PUBLICACIÓN EN LA PÁGINA WEB DE LA ENTIDAD CONDENADA / PUBLICACIÓN DE SENTENCIA / GARANTÍA DE SATISFACCIÓN / DIFUSIÓN DE LA SENTENCIA / RECTIFICACIÓN DE INFORMACIÓN EN PERIÓDICOS / DISCULPA PÚBLICA

Problema jurídico 4: *¿Proceden de oficio las medidas de reparación no pecuniarias en los casos de vulneración del derecho al buen nombre y en por el rol preventivo que debe cumplir la responsabilidad del Estado?*

Tesis 4: “[L]a parte actora solicitó que se le reconocieran, adicionalmente, medidas de reparación no pecuniarias. Si bien dicha petición no se realizó, como se ha dicho, en el libelo demandatorio, lo cierto es que ellas proceden de oficio y, dado el carácter altamente ominoso de estos hechos, la Sala considera que tales medidas son no solo procedentes sino necesarias para recuperar el buen nombre de la víctima y para que la responsabilidad patrimonial cumpla con su rol preventivo. Entonces, teniendo en consideración que en el presente caso se infringieron obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos. De conformidad con la Ley 1448 de 2011 mediante la cual se dictaron medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno-, se enviará al Director del Centro Nacional de Memoria Histórica y del Archivo General de la Nación, copia de la presente sentencia con el fin de que haga parte de sus registros, y se contribuya así a la construcción documental del país que busca preservar la memoria de la violencia generada por el conflicto armado interno en Colombia. • Se enviará copia auténtica de la totalidad del expediente en el que conste el presente trámite contencioso administrativo con destino a la Sala de Reconocimiento de Verdad, de

Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz, con arreglo a lo previsto en los artículos 5 y siguientes del Acto Legislativo 01 de 2017, a objeto de que pueda ser tenido en cuenta en el caso (...) de muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado. • Y, como garantía de satisfacción, dado que los efectivos del Ejército Nacional trataron de justificar la muerte del señor (...) haciéndolo pasar por guerrillero muerto en combate, se ordenará como una medida dirigida a restablecer la dignidad, la honra, el buen nombre y la reputación de su familia, que el Ministerio de Defensa Nacional publique en un periódico de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación local en el Municipio (...) los apartes pertinentes de este fallo y rectifique la verdadera identidad de la víctima ofreciendo a la familia de esta excusas públicas. Dicho escrito deberá informar que la muerte del señor (...) no ocurrió como consecuencia de un combate entre soldados del Ejército Nacional y las FARC, sino que se trató de una ejecución extrajudicial perpetrada por efectivos militares. Copia de dicha publicación deberá ser allegada al proceso, y a la Sala, con mención del número de expediente, el número de radicación y el nombre de los demandantes. Igualmente, el Ministerio de Defensa Nacional divulgará por medios magnéticos las partes pertinentes de este fallo en todos los batallones y brigadas del Ejército Nacional, así como en su página web.”

Aclaración de voto del consejero Alberto Montaña Plata

ACLARACIÓN DE VOTO / CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / ANÁLISIS DE LA PRUEBA / ANÁLISIS DE LA PRUEBA POR EL JUEZ / INDICIO / APRECIACIÓN DEL INDICIO / PRUEBA INDICIARIA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA / PRUEBA INDIRECTA / DAÑO DERIVADO DE GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS / VÍCTIMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / LIBRE APRECIACIÓN DE LA PRUEBA / PRINCIPIO DE LA SANA CRÍTICA / PRINCIPIO DE LA LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA / DEBERES DEL JUEZ

Problema jurídico 1: *¿El estándar de flexibilidad probatoria, implementado por la Corte IDH, implica la importancia de las pruebas indirectas o indiciarias cuando las víctimas de atrocidades no tengan la oportunidad de acceder a medios de prueba directos?*

Tesis 1: “Acompaño la decisión de la Sala, pero aclaro mi voto para precisar dos asuntos. En primer lugar, la regla de flexibilidad es un estándar implementado en la Corte IDH que se refiere a la aplicación rigurosa de las cláusulas de la sana crítica. A recibir las pruebas sin abusar de formalidades, a valorarlas de acuerdo con las reglas de la lógica y consultando las reglas de

la experiencia. Se define por oposición a todo sistema que suponga “adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo”. En ese marco, la Corte IDH y la Corte Constitucional han insistido en la importancia de las pruebas indirectas o indiciarias cuando las víctimas de atrocidades no tengan oportunidad de acceder a los medios de prueba directos. Esto coincide con la regla de libertad de apreciación, que impone al juez el deber de explicar racionalmente sus inferencias.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Tercera, Subsección B, Sentencia de 10 de febrero de 2021, Exp. (57519), Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004 Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No.

109; y Caso Molina Theissen. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. Corte Constitucional SU - 035 de 2018, Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

ACLARACIÓN DE VOTO / ANÁLISIS DE LA PRUEBA POR EL JUEZ / INDICIO / APRECIACIÓN DEL INDICIO / PRUEBA INDICIARIA / VALORACIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA / ANTECEDENTES PENALES / MUERTE DE CIVIL / DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO / CONFIGURACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL / DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS / DERECHO A LA VIDA / DERECHO AL JUEZ NATURAL / PERSONA PROTEGIDA / HOMICIDIO DE PERSONA PROTEGIDA

Problema jurídico 2: *¿Debe valorarse como indicio, a favor de la víctima de homicidio de persona protegida, la inexistencia de antecedentes penales?*

Tesis 2: “[C]onsidero que la inexistencia de antecedentes penales no debió valorarse como indicio de que el señor (...) era un civil protegido por el DIH. Si se hubieran encontrado antecedentes penales

nada habría cambiado: ningún agente estatal está autorizado para ejecutar a un ciudadano indefenso por el hecho de tener asuntos pendientes con la justicia o haberlos saldado ya. Al contrario, justamente en esos casos opera la prohibición de las ejecuciones extrajudiciales en el DIDH y el DIH, que garantiza el derecho a la vida y a un juez imparcial.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de febrero de \(2021\), C. P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero radicación 54001-23-31-000-2010-00224-01\(57519\)](#)

4. Se absuelve al Ministerio de Defensa por la muerte y lesiones a ciudadanos en reten ilegal de grupos al margen de la Ley por exceder la capacidad de protección del Estado

Síntesis del caso: *[La víctima] murió y otras personas fueron lesionadas por disparos que recibieron al pasar por un retén ilegal. Alegan omisión en el deber de protección, porque las autoridades no tomaron medidas de precaución y seguridad en la vía.*

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO – Presupuestos / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN - Presupuestos de responsabilidad del Estado / ACTIVIDAD GUERRILLERA – Retén / DAÑO CAUSADO EN EL MARCO DE UN CONFLICTO ARMADO INTERNO / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN – La responsabilidad es relativa porque se debe tener en cuenta la capacidad de las autoridades públicas en su deber de seguridad y protección

Problema jurídico: *¿se configuró falla del servicio por incumplimiento del deber de seguridad y protección por la muerte y lesiones ocurridas en un retén ilegal?*

Tesis: Al delimitar su alcance, la jurisprudencia ha considerado que el Estado es responsable patrimonialmente a título de falla del servicio por omisión en el deber de prestar seguridad a las personas, cuando: (i) se solicita protección especial, por las particulares condiciones de riesgo en que se encuentra la persona ; (ii) no se solicita expresamente, pero es evidente que la persona

necesitaba la protección, porque existían pruebas o indicios conocidos que permitieran asegurar que la persona se encontraba amenazada o expuesta a sufrir graves riesgos contra su vida o sus bienes y (iii) se deja a la población a merced de los grupos de delincuencia, sin brindarles protección alguna, cuando se tiene conocimiento de que los derechos de esa población vienen siendo desconocidos por grupos organizados al margen de la ley. La demanda afirmó que la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional y otros incurrieron en falla del servicio por omisión al deber de seguridad y protección por el asesinato de [la víctima] y las lesiones de sus

familiares dentro de un retén ilegal. Está acreditado que el 1 de julio de 1998, en la vía que de Medellín conduce a Bogotá, en la vereda “Naranjales”, municipio de San Luis, miembros de la guerrilla ELN-Frente Carlos Alirio Buitrago instalaron un retén ilegal y detuvieron de forma violenta y con el empleo de armas de fuego el vehículo en el que iban [la víctima] y su familia [...]. Está probado que, por causa de esos disparos, [el] conductor del vehículo, murió y [...] quedó lesionado [hecho probado 9.2]. Está acreditado que horas antes de los hechos, esto es, a las 2:00 a.m., miembros de ese frente guerrillero tomaron las instalaciones de la operadora de telecomunicaciones-Edatel del municipio de San Luis y anunciaron que en los siguientes cuatro días realizarían retenes ilegales en la autopista Medellín-Bogotá [...]. También se probó que el grupo guerrillero ELN había realizado ataques contra la población e instalaciones de servicios públicos en distintos municipios de Antioquia [hecho probado 9.5]. A pesar de la gravedad de esos delitos y aunque los guerrilleros anunciaron horas antes en la operadora del municipio que realizarían retenes en la autopista Medellín-Bogotá, era difícil para las autoridades de policía y del ejército anticipar la ubicación exacta del retén ilegal, la hora en que atacarían a la población y que pudieran evitarlo, pues la muerte y las lesiones se produjeron, exactamente, tres horas después del anuncio (5:20 am), esto es, en la madrugada [...]. Un despliegue

militar que “garantice” la seguridad de toda la población que transita la autopista Medellín-Bogotá, ante un “anuncio” de acciones violentas, en las horas de la madrugada sin precisar el lugar de la vía, no puede exigirse sin desconocer las limitaciones en recursos materiales y humanos de las autoridades. El juez de la administración no puede desconocer la realidad institucional y, después de hechos de esta naturaleza, exigir acciones que desbordaban la capacidad de respuesta de las autoridades. Por otro lado, el hecho de que existiera alteración de orden público en una zona determinada o que en el departamento de Antioquia se hubieran presentado hechos delictivos entre los meses de marzo y julio de 1997 [...], esto es, antes de la instalación del retén guerrillero, no era motivo suficiente para exigir del Estado el refuerzo de la protección, ni para imputarle, de manera automática, todos los daños, ocasionados por terceros, que en ese periodo ocurrieron. [...] La Sala reitera que en estos eventos en que se imputa omisión, debe tenerse en cuenta que la capacidad de acción de las autoridades no es ilimitada para disuadir la acción de los grupos ilegales. Lo contrario significaría que las autoridades estarían obligadas a lo imposible, esto es, a poner a disposición de los ciudadanos víctimas de estos delitos, de manera permanente, la compleja capacidad institucional que se requiere para evitar que este tipo de ataques sucedan.

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 27 de abril de 2020, C. P. Guillermo Sánchez Luque, radicación 05001-23-31-000-1999-03649-01\(37803\).](#)

5. Resulta inviable considerar acreditado, a partir de la manifestación del consentimiento para conciliar que una entidad pública plasma en un acta de comité de conciliación, los hechos relacionados con el referido convenio que posteriormente se le imputen en un proceso judicial

Síntesis del caso: *El Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital y el consorcio Proyectar 2014, celebraron contrato de obra cuyo objeto era el de ajustar los estudios y diseños existentes y ejecución de obra nueva, demolición total, cerramiento para la etapa I de colegio distrital. Se alega incumplimiento porque según el consorcio, la entidad modificó el alcance de la etapa inicial y en su lugar requirió la confección de nuevos estudios y diseños distintos a los establecidos de inicio, lo que llevó a que el presupuesto de obra se incrementara en más de la mitad del valor estimado e hiciera inviable cumplir con el objeto contractual en la etapa de obra, ante la imposibilidad de adicionarlo. Esta situación trajo como resultado que la obra no se ejecutara y se privara al contratista de percibir la utilidad esperada por cuenta de su realización. También se alega la nulidad del acto de liquidación del contrato, por cuanto, según el contratista, allí debió incluirse el reconocimiento económico por la elaboración de los*

nuevos estudios y diseños, dados los sobrecostos administrativos en que incurrió, debido a la ampliación del plazo del contrato por circunstancias atribuibles a la administración distrital.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / OBJETO DEL CONTRATO ESTATAL / OBJETO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / CONTRATACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA – Se requirió la ampliación de la obra sin estar contemplada / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE RECURSOS PARA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL

Problema jurídico: *¿Es procedente alegar el incumplimiento del contrato cuando durante su ejecución la entidad contratante ordena la realización de nuevos diseños distintos a los acordados, constitutivos de un objeto adicional al pactado inicialmente?*

Tesis: “[A]un cuando lo que en un inicio se planteó como readecuación y ajustes a unos estudios y diseños preexistentes, lo ocurrido en el devenir de la ejecución contractual develó que, ciertamente, por requerimiento de la entidad fue necesario ampliar su elaboración a áreas y edificaciones no contempladas en el acuerdo, circunstancia que, si bien resulta censurable desde el punto de vista del deber de planeación, en tanto desdibujó lo convenido originalmente al no haber consultado las verdaderas necesidades que llevaron a la celebración del contrato, no por ello puede perderse de vista que, tras varios acercamientos para llegar a un consenso, las

partes finalmente concertaron que no habría un reconocimiento económico adicional por su realización y así fue expresamente aceptado por el consorcio. Con base en el razonamiento expuesto resultaría contrario al principio de la buena fe contractual que, luego de arribar a ese arreglo, el consorcio hubiera reclamado el pago de los estudios y diseños por un valor que casi doblaba el que él mismo aceptó como precio global tras suscribir el acta de reunión del 21 de agosto de 2014 a la que se hizo alusión. (...), para la Sala no existe discusión frente al hecho de que el contratista acató los requerimientos de la entidad en relación con la inclusión de áreas y obras nuevas en la elaboración de los estudios y diseños encomendados y que, al ser ejecutados y entregados, fueron recibidos a satisfacción por la interventoría y también por la entidad, según se desprende del acta respectiva”.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL / PROCEDIMIENTO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA DEL CONTRATISTA / PROCESO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA - Irregularidades / CELEBRACIÓN DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / EJECUCIÓN DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO / MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL DEL CONTRATO / FALTA DE RECURSOS PARA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / AJUSTE DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO / OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO / OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA / OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / FALTA DE RECURSOS PARA EJECUCIÓN DE OBRA PÚBLICA / VENCIMIENTO DEL PLAZO PARA EJECUTAR CONTRATO ESTATAL / PLIEGO DE CONDICIONES / REGLAS DEL PLIEGO DE CONDICIONES / CONTENIDO DEL PLIEGO DE CONDICIONES / OBLIGATORIEDAD DEL PLIEGO DE CONDICIONES / INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE CONDICIONES / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA / ETAPA PRECONTRACTUAL / ESTUDIOS PREVIOS EN LA CONTRATACIÓN / OBLIGACIÓN DE ESTUDIOS PREVIOS EN LA CONTRATACIÓN / PROCESO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTA / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN PRECONTRACTUAL

Problema jurídico 2: *¿A quién resulta atribuible la responsabilidad contractual derivada de los efectos de la inobservancia del deber de planeación en el marco de la ejecución de un contrato estatal?*

Tesis 2: “[E]n el devenir contractual reveló una grave y manifiesta vulneración al deber de planeación de la entidad pública contratante, que condujo de manera directa a la imposibilidad de ejecutar la obra encargada. Emerge con nitidez que el Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital abrió el procedimiento de selección con fundamento en unas especificaciones técnicas que en la práctica no consultaban las verdaderas necesidades que pretendía satisfacer con la celebración de contrato y, una vez suscrito el acuerdo, en pleno plazo de ejecución, se percató de la necesidad de modificar el alcance de los estudios y diseños iniciales y requirió al contratista para que se atendieran las particularidades que demandaba la institución educativa colegio Fátima, modificación que al final condujo a que se doblara el presupuesto de obra inicialmente estimado y tornara en financieramente inviable su ejecución (...) Sin embargo, ocurre que esa situación en modo alguno puede considerarse como una razón válida para excusar o relevar al contratista de la pericia y probidad que, como experto en el desarrollo de la obra que se le encomienda y como

amplio conocedor de la materia constructiva, se le demanda en la realización del proyecto, lo que a su turno envuelve un deber de precaución y cautela ante la ocurrencia de circunstancias que puedan obstaculizar el resultado esperado al celebrar el negocio. (...) A partir de lo expuesto, es claro que la responsabilidad contractual de la entidad estatal que se halla comprometida en los hechos descritos da lugar al reconocimiento de los perjuicios que su incumplimiento en la obligación de permitir la adecuada ejecución de la obra pudo haber acarreado al contratista. Pese a lo anterior, en modo alguno puede constituirse un reconocimiento pleno de la utilidad esperada, pues al haber confluído la conducta del contratista en la producción del resultado nocivo, tal circunstancia, en criterio de la Sala, impone la reducción en un 50% del monto de los perjuicios pretendidos.”

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la valoración de las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas como una prueba documental, ver sentencia del 30 de octubre de 2013, Exp. 32556, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 15 de abril de 2015, Exp. 33173, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). En relación con la naturaleza y propósito de las garantías en materia de contratación estatal ver sentencia de 14 de junio de 2019, Exp. 36860, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 7 de mayo de 2021; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-36-000-2017-02136-01\(64033\)](#)

Salvamento de voto de la consejera María Adriana Marín.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO / CONTRATO DE OBRA PÚBLICA / INDEMNIZACIÓN AL CONTRATISTA / INEJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL / INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ESTATAL POR LA ADMINISTRACIÓN / UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / ELEMENTOS PARA ESTABLECER LA UTILIDAD PROYECTADA PARA EL CONTRATISTA / OBTENCIÓN DE UTILIDAD PARA EL CONTRATISTA / CONCURRENCIA DE CAUSAS / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO MATERIAL / REDUCCIÓN DE LA CONDENA / PERJUICIOS POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

Tesis: “[N]o estoy de acuerdo con la deducción que en ella se hizo respecto de los perjuicios a favor del demandante, reconociéndole únicamente el 50% de las utilidades esperadas, con fundamento en que su actuación contribuyó a la producción del daño. (...) Al contrario de lo que se afirma en la sentencia de la cual me aparto parcialmente, creo que el contratista obró lealmente con la entidad y sobre todo con el interés público involucrado en la correcta ejecución de las

obras requeridas para ese plantel educativo en particular. (...) no se ha debido disminuir el monto de la indemnización a favor del demandante en la forma en que se hizo en la sentencia, pues no se probaron los hechos que así lo justificaran y, en cambio, sí se presumió la mala fe del contratista y se le castigó por acatar las instrucciones de la contratante, mientras que, por otra parte, resultaba evidente la responsabilidad exclusiva de la entidad estatal, en la

imposibilidad de ejecución del contrato celebrado con él.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A; sentencia de 7 de mayo de 2021; C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, radicación: 25000-23-36-000-2017-02136-01\(64033\) AV María Adriana Marín.](#)

6. Es deber del juez pronunciarse sobre las costas procesales, incluso aun cuando no se hubiere solicitado su reconocimiento, sin que ello configure violación del principio de congruencia del fallo.

Síntesis del caso: *Ente territorial y Corporación Educativa, celebraron el contrato de concesión de infraestructura educativa, cuyo objeto consistió en la organización, operación y prestación del servicio público de educación formal en los niveles preescolar, básica primaria, básica secundaria y media. La Corporación Educativa convocó al municipio a un Tribunal de Arbitramento con el fin de dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato. El Tribunal de Arbitramento accedió a las pretensiones de la demanda y desestimó las excepciones propuestas por la convocada y, en consecuencia, condenó al municipio. Inconforme con la decisión del Tribunal de Arbitramento, el municipio formuló recurso extraordinario en el que solicitó la anulación del ordinal noveno de la parte resolutive del laudo arbitral y de la providencia, que resolvió la solicitud de aclaración y corrección del laudo, con fundamento en la causal prevista en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, al considerar que el laudo concedió más de lo pedido, sobre la base de cuestionar que la condena en costas y agencias en derecho desconoció lo pactado en el contrato.*

LAUDO ARBITRAL / MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL / DECISIÓN ARBITRAL / DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / DECISIÓN EN LAUDO ARBITRAL / CORRECCIÓN DE LAUDO ARBITRAL / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL - No configuradas / CONDENA EN COSTAS / FACULTADES DEL ARBITRO / FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO / POTESTAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA / PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS / FIJACIÓN DE LA CONDENA EN COSTAS / APLICACIÓN DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - Prevalece sobre las estipulaciones hechas por las partes en el contrato / NORMA PROCESAL / NORMA DE ORDEN PÚBLICO / APLICACIÓN DE LA NORMA DE ORDEN PÚBLICO / APLICACIÓN INMEDIATA DE LA NORMA DE ORDEN PÚBLICO

Problema jurídico: *¿En materia de laudo arbitral se configura la causal 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 cuando se condena en costas y agencias en derecho, pese a no haberse solicitado en la demanda?*

Tesis: “ [R]especto del cuestionamiento planteado en el recurso extraordinario de anulación, relacionado con el hecho de que el Tribunal de Arbitramento, a juicio del recurrente habría excedido la voluntad de las partes al haber condenado en costas y agencias en derecho al municipio de Soacha sin haber tenido en cuenta lo previsto en el cláusula 14 del contrato de concesión, en la que se estipuló que los honorarios y gastos originados en los procesos que se tuviesen que adelantar para solucionar cualquier controversia entre la partes estarían a cargo del concesionario, la

Sala observa que dicha circunstancia fue puesta de presente por la parte convocada al momento de solicitar la aclaración y corrección del laudo y que mediante providencia (...), a través de la cual se resolvió la anterior solicitud, el Tribunal se pronunció sobre el particular. (...) [E]l laudo proferido (...), corregido mediante providencia (...), no concedió más de lo pedido, es decir, no resultó ultra petita y, por lo tanto, no se configura la causal de anulación prevista en el numeral 9º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 pues, no solo la solicitud de condena a pagar las costas procesales formó parte de las proposiciones procesales desde el principio del trámite arbitral, comoquiera que fue objeto de solicitud expresa en la demanda, sino que la habilitación de los árbitros

comprende la posibilidad de establecer las costas procesales y, además, les correspondía hacerlo en virtud de lo previsto en el Código General del Proceso, inclusive si para ello debían desconocer alguna norma del contrato en la que se hubiere previsto la asignación de estas solo a una de las partes contractuales, la cual resulta inoponible a los árbitros

en tanto aquella no se aviene al ordenamiento jurídico, en particular a normas procesales y por tanto de orden público que tienen por no escritas tal clase de estipulaciones y cuya invalidez, en caso de ser declarada, no toca la cláusula arbitral en virtud de la independencia de esta frente al contrato que la contiene.”.

CONDENA EN COSTAS / RECURRENTE / CONDENA EN COSTAS EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRESUPUESTOS DE LA CONDENA EN COSTAS / TARIFA DE LA CONDENA EN COSTAS / AGENCIAS EN DERECHO / CONDENA EN AGENCIAS EN DERECHO / FIJACIÓN DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / MONTO DE AGENCIAS EN DERECHO / NORMATIVIDAD DE AGENCIAS EN DERECHO / TARIFA DE LAS AGENCIAS EN DERECHO / ACUERDOS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Problema jurídico 2: *¿Es procedente la condena en costas cuando no prospera el recurso extraordinario de anulación contra laudo arbitral?*

Tesis 2: “El artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 establece que “Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”. En virtud de lo anterior, se dispondrá la fijación de costas por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que se aprobarán mediante auto, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso. A su turno, el Acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”, determina que tratándose del recurso de anulación de laudos arbitrales la tarifa de agencias en derecho será de hasta veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la naturaleza jurisdiccional del arbitramento y sus principales manifestaciones, ver sentencia de la Corte Constitucional SU 174 del 14 de marzo de 2007, Exp. T 980611. Respecto de la facultad de los árbitros ver sentencia del 8 de marzo

de 2017, Exp. 46745, C.P. Hernán Andrade Rincón y sentencia de la Corte Constitucional, sentencia C 330 de 2012, Exp. D 8677. Sobre la falta de jurisdicción y competencia ver sentencias del 13 de abril de 2015, Exp. 52556, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 27 de noviembre de 2017, Exp. 59913, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sobre la naturaleza del recurso de anulación, ver sentencia del 18 de enero de 2019, Exp. 62476, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia de 23 de abril de 2018, Exp. 59731, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia del 19 de julio de 2017, Exp. 59067, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 53585, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz y sentencia del 9 de abril de 2018, Exp. 59270, C.P. Guillermo Sánchez Luque. Sobre las facultades del juez del recurso de anulación, ver sentencia del 28 de junio de 2019, Exp. 63494, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas y sentencia de 31 de agosto de 2015, Exp. 53585, C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz. En cuanto a las causales de anulación de laudo arbitral ver sentencias del 31 de octubre de 2016, Exp. 59949, sentencia del 27 de noviembre de 2017, Exp. 59913, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa y sentencia del 5 de marzo de 2020, Exp. 64627, C.P. María Adriana Marín. Sobre el principio de congruencia, ver sentencia del 6 de junio de 2002, Exp. 20634, C.P. Ricardo Hoyos Duque y sentencia de 1 de marzo de 2006, Exp. 15898, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; sentencia de 19 de noviembre de 2020; C.P. Nicolás Yepes Corrales, radicación: 11001-03-26-000-2020-00033-00\(65854\)](#)

SECCIÓN CUARTA

1. Se avala la legalidad de la Resolución 0000829 del 24 de febrero de 2016, por la que, en cumplimiento de una orden judicial, el Ministerio de Transporte estableció la base gravable del impuesto de vehículos automotores para el año 2016

Síntesis del caso: *En la Resolución 5358 de 2015 el Ministerio de Transporte fijó la base gravable del impuesto de vehículos automotores para la vigencia 2016. Dicho acto fue demandado y mediante auto del 15 de febrero de 2016, el Ponente del asunto en la Sección Cuarta del Consejo de Estado lo suspendió en forma provisional y preventiva y le ordenó a la Ministra del ramo «asegurar el cumplimiento de esta orden judicial, mediante las respectivas órdenes, instrucciones y demás medidas pertinentes para ese cometido» y advirtió que el Ministerio «conservaría sus competencias para cumplir lo ordenado por el artículo 143 de la Ley 488 de 1998 para el año 2016, en los términos expuestos en la parte considerativa» del auto. El 24 de febrero de 2016 el Ministerio expidió la Resolución 0000829, en la que estableció la base gravable del impuesto para el año 2016 y derogó la Resolución 5358 de 2015. La Sala declaró ajustada a derecho la Resolución 0000829 de 2016, porque se dictó en cumplimiento de una orden judicial que habilitó la competencia de la cartera de transporte para fijar de nuevo la base gravable del tributo en otra resolución, en la medida en que dispuso que la suspensión provisional de la Resolución 5358 de 2015 no limitaba dicha facultad. La Sala consideró que no había lugar a anular la Resolución 0000829, porque fue producto de una circunstancia concreta y especial de habilitación judicial para subsanar el defecto en la formación de la Resolución 5358 de 2015, sin alterar la materia regulada por la misma ni, menos aún, la causación legal del impuesto el 1 de enero de 2016, ante la propiedad o posesión de vehículos gravados a esa fecha.*

EFFECTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Regla general / EFECTOS RETROACTIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Validez y eficacia / VALIDEZ DE ACTO ADMINISTRATIVO CON EFECTOS RETROACTIVOS - Acto sustitutivo de acto administrativo anulado o dictado en cumplimiento de una orden o habilitación judicial / EFECTOS RETROACTIVOS DE ACTO ADMINISTRATIVO SUSTITUTIVO - Supuestos de eficacia / SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE RESOLUCIÓN 5358 DE 2015 DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE – Alcance y efectos jurídicos. Auto de 15 de febrero de 2016 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado / DEROGATORIA DE ACTO ADMINISTRATIVO SUSPENDIDO POR LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MEDIANTE ACTO SUSTITUTIVO - Procedencia y validez / BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES VIGENCIA 2016 – Legalidad de la Resolución 0000829 del 24 de febrero de 2016 del Ministerio de Transporte / RENTAS DEL IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES – Titularidad / RESOLUCIÓN 0000829 DE 2016 DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE – Favorabilidad. Artículo 10

Problema jurídico: *¿Es legal la Resolución 0000829 de 2016 del Ministerio de Transporte, en cuanto estableció la base gravable del impuesto sobre vehículos automotores para el año 2016, en el mes de febrero de la misma anualidad?*

Tesis: “[L]a Resolución 0000829 del 24 de febrero de 2016 regula uno de los elementos sustanciales del impuesto de vehículos automotores, esto es, de un gravamen de periodo que, de acuerdo con el artículo 144 de la Ley 488 de 1998, se causó el 1º de enero de

2016. Si bien se trata de una regulación administrativa expedida un poco más de un mes después de la causación legal, no por ello se afecta de la invalidez asociada a la violación del principio de irretroactividad de las leyes tributarias, según pasa a explicarse: Por regla general, los actos administrativos producen efectos hacia el futuro. Sin embargo, existen circunstancias especiales, puntuales y enteramente válidas, frente a las cuales tales efectos pueden surtirse hacia el pasado. Ello ocurre cuando, *verbi gracia*, el mismo acto así lo dispone, bajo sustentos

fácticos y jurídicos suficientes que legitimen en el pretérito lo que ha resuelto; o cuando implica situaciones más favorables para su destinatario y los derechos de éstos se preservan sin lesión alguna; o cuando el acto se modifica por cuenta de alguna aclaración, corrección material o rectificación, saneamiento o ratificación, conversión o sustitución del acto o, yendo más allá, en los supuestos de nulidad, cuando la jurisdicción de lo contencioso administrativo estatuye disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, modificándolas o reformándolas (CPACA, art. 187 inc. 3). A la hora de examinar la eficacia de la decisión administrativa, la teoría del acto admite que aquellos dictados en sustitución de otros anulados en tanto decisión del juez natural de la legalidad, puedan tener eficacia retroactiva dentro del sistema presidido por los principios de legalidad y seguridad jurídica. Los efectos del acto sustitutivo pueden retrotraerse cuando los supuestos fácticos que lo justifican existen desde la fecha a la que se remontan, sin haber lesionado derechos o intereses legítimos de terceros afectados. En ese escenario, los actos que tienen por objeto restablecer las situaciones jurídicas de conformidad con los parámetros definidos por las autoridades judiciales en el marco de los efectos obligatorios y aplicativos de las providencias que aquellas profieren, vienen a ser una consecuencia directa de tales efectos restablecedores de las situaciones jurídicas surgidas en la forma que hubieren tenido si el acto no se hubiere expedido y, por su propia ontología, ese restablecimiento o reformulación de situaciones sólo puede darse cuando el acto tiene un efecto retroactivo. Como se ha dicho, la Resolución 0000829 de 2016 fue expedida con ocasión de la medida de urgencia decretada por el Auto del 15 de febrero de 2016, que instó a la titular de la cartera ministerial para asegurar el cumplimiento de la orden judicial de suspensión provisional y preventiva de la Resolución 5358 de 2015 (...), advirtiendo que *"conservaría sus competencias para cumplir lo ordenado por el artículo 143 de la Ley 488 de 1998 para el año 2016, en los términos expuestos en la parte considerativa de esta providencia"*. Concordantemente, la providencia previó que la orden de suspensión no limitaba la competencia del ministerio **"para fijar de nuevo la base gravable en otra resolución"**. En el contexto de la medida de urgencia, la suspensión de la Resolución 5358 de 2015 constituyó la cesación de los efectos de un acto ilegal bajo la apariencia de buen derecho (...). Pero, dado que ese ejercicio ponderativo no podía excusar, extinguir o, en últimas, sacrificar las obligaciones tributarias consolidadas desde el 1 de enero de 2016 frente a la preexistencia de hechos generadores del impuesto, en tanto que ello afectaría el interés público que asiste al Estado en la debida y oportuna tributación de quienes incurren en tales

hechos, la misma providencia dispuso el mecanismo a implementar para salvaguardar dicho interés, consistente en la expedición de una nueva resolución sobre la misma materia regulada por la suspendida, a modo de, si se quiere, acto sustituto ante la pérdida de efectos del suspendido, pero dentro de los parámetros de motivación que lo harían eficaz y exigible, sin más condicionamientos a observar. La forma como se ordenó emitir el acto administrativo sustituto al que se reduce el mecanismo señalado, no implica restricción alguna sobre la eventual derogatoria expresa del acto sustituido que, en todo caso, tampoco vicia la validez del mismo, porque el propio hecho de la sustitución vía nueva resolución motivada, lo deja desprovisto de vigencia al momento de que ésta se expida. En síntesis, la Resolución 0000829 del 24 de febrero de 2016 fue el medio utilizado por la autoridad ejecutiva para cumplir la orden judicial del 15 de febrero del mismo año, con la prontitud y eficacia connaturales a la medida de urgencia que se adoptó, para efecto de salvaguardar la debida motivación de la resolución prevista en el artículo 143 de la Ley 488 de 1998; y, desde esa perspectiva, es producto de una circunstancia concreta y especial de habilitación judicial para subsanar el defecto en la formación de la Resolución 5358 de 2015, sin alterar la materia regulada por la misma ni, menos aún, la causación legal del impuesto de vehículos automotores el 1 de enero de 2016, ante la propiedad o posesión de vehículos gravados a esa fecha. De cara a lo analizado, concluye la Sala que la Resolución 0000829 de 2016 se encuentra legitimada por el pronunciamiento del juez natural del juicio de legalidad; por el principio de obligatoriedad de las providencias judiciales, al tenor del artículo 234 del CPACA e independientemente de la impugnación del Auto del 15 de febrero de 2016; por el principio constitucional de contribución con las cargas públicas [CP, Art. 95], ante la configuración de hechos generadores del impuesto y, por supuesto, por el interés general que recae sobre la función recaudadora para satisfacer los gastos e inversiones del Estado y que respecto del impuesto de vehículos automotores corresponden al nivel territorial, en tanto renta cedida a Departamentos, Municipios y Distritos. Más allá de ello, es claro que dicha resolución regla un elemento con regulación preexistente desde el año 2015 y que, según lo aduce el Ministerio de Transporte sin que las pruebas aportadas por la contraparte lo demeritaran, se limitó a ajustar las tablas de avalúos comerciales de acuerdo con las específicas características técnico mecánicas de los vehículos gravados, en salvaguarda de los principios de justicia y equidad tributaria, dado que el valor comercial que venía tomándose como base gravable no reflejaba la realidad del mercado, según lo pone de presente la motivación técnica y metodológica presentada en la parte considerativa del acto. En el

presente juicio de legalidad no se discute la motivación del acto demandado (...). Tampoco se desconoce o desvirtúa la existencia, pertinencia o eficacia de las variables tomadas para dicha metodología de cara a la realidad del mercado automotriz. Por lo demás, el artículo 10 de la Resolución 0000829 de 2016 contiene un indicador de favorabilidad en su regulación, al disponer que "Aquellos contribuyentes que hubiesen cancelado el

impuesto de vehículo correspondiente a la vigencia 2016 y que con la implementación de la presente resolución se les creó un saldo a favor, las Secretarías de Hacienda descontarán dicho valor para la vigencia 2017 en las declaraciones sugeridas, si no ha sido objeto de solicitud de devolución por parte del contribuyente al 31 de diciembre de 2016."; sin que la parte actora se refiriera a tal norma ni discutiera su efectividad."

Salvamento de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Creación y régimen jurídico / IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Base gravable / IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Causación / FIJACIÓN DE LA BASE GRAVABLE DEL IMPUESTO DE VEHÍCULOS AUTOMOTORES - Elemento temporal / RESOLUCIÓN 0000829 DE 2016 DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE - Ilegalidad. Violación del principio de irretroactividad de la ley tributaria / CONVALIDACIÓN DE LA ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN 0000829 DE 2016 DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE - No configuración

Tesis: "Mi desacuerdo con la posición asumida por la Sala radica en que considero que la resolución demandada, expedida después de la causación legal del impuesto viola el principio de irretroactividad de las leyes tributarias, por las siguientes razones: El impuesto de vehículos automotores es un gravamen creado por la Ley 488 de 1998, que sustituyó los impuestos de timbre nacional sobre vehículos automotores, de circulación y tránsito y el unificado de vehículos para el Distrito Capital. Su régimen es definido por los artículos de la citada Ley 448 de 1998, entre otros, y en lo que atañe al caso, el artículo 143 se ocupa de la base gravable y el artículo 144 de su causación. El referido artículo 143 señala que la base gravable está constituida por el valor comercial de los vehículos gravados, establecido anualmente mediante resolución expedida en el mes de noviembre del año inmediatamente anterior al gravable, por el Ministerio de Transporte En desarrollo de esta norma se expidió la resolución demandada (...), sin embargo, no se tuvo en cuenta el elemento temporal dispuesto en el citado artículo 143, al expedirse en el mes de febrero de 2016. Pero, además, al regular esa resolución la base del impuesto a tener en cuenta para el período fiscal 2016

en el segundo mes del año, desconoce que la causación del impuesto según lo regula el artículo 144 de la Ley 488 de 1998, es a 1º de enero de cada año. De esta manera, se vulnera el artículo 363 constitucional que proscribe los efectos retroactivos de las disposiciones tributarias y el inciso final del artículo 338 que dispone que las normas referidas a tributos cuya "base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado, no pueden aplicarse sino a partir del periodo que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo". Ahora, si bien el acto demandado, entre otras razones, fue expedido para cumplir la orden judicial dictada con ocasión de la medida de urgencia decretada por el Auto del 15 de febrero de 2016 expedido por el magistrado sustanciador de esta Corporación, no se puede obviar que dicho acto derogó la Resolución 5358 del 30 de noviembre 2015, que establecía la base gravable de los vehículos automotores para la vigencia fiscal 2016, porque adolecía de defectos en su formación como se expone en su considerativa y, en todo caso, dicha orden no convalida su expedición con posterioridad a la fecha de causación del tributo para el período 2016".

Aclaración de voto del consejero Julio Roberto Piza Rodríguez

PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD IMPROPIA DE LA LEY TRIBUTARIA - Finalidad y alcance del último inciso del artículo 338 de la Constitución Política / PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD IMPROPIA DEL ARTÍCULO 338 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA - Alcance. Reiteración de jurisprudencia / RETROACTIVIDAD IMPROPIA DE NORMAS TRIBUTARIAS - Potestad de configuración normativa del legislador. Reiteración de jurisprudencia / PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD IMPROPIA DE LA LEY TRIBUTARIA - Aplicación a tributos de periodo / PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD PROPIA O ABSOLUTA DE LA LEY TRIBUTARIA - Aplicación a tributos que no cuentan con una base gravable que se conforme en el transcurso de un periodo / PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD PROPIA O ABSOLUTA DE LA LEY TRIBUTARIA -

Consagración / REGLA DE INICIO DE LA VIGENCIA DE NUEVAS NORMAS QUE REGULAN IMPUESTOS DE PERIODO – Aplicación / RESOLUCIÓN 0000829 DE 2016 DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE - Legalidad. No violación de la prohibición de retroactividad impropia de la ley tributaria

Tesis: “Concuerdo plenamente con el análisis efectuado y con que la Sala hubiese determinado negar las pretensiones de las demandas que se tramitaron acumuladamente, sin perjuicio de lo cual veo la necesidad de recalcar que la acusación se fundaba en una incorrecta comprensión del párrafo final del artículo 338 de la Constitución, a lo cual quiero referirme por vía de la presente aclaración. Para garantizar la seguridad jurídica de los obligados tributarios, dicha norma Superior consagró una prohibición de retroactividad impropia, que no tiene alcance absoluto, pues no le estaría vedado al legislador –pero sí al intérprete o aplicador del ordenamiento– dotar de efectos inmediatos a los preceptos tributarios, siempre y cuando su contenido sea beneficioso para los sujetos pasivos, tal como esta Sala lo expuso detalladamente en la sentencia del 27 de junio de 2019 (exp. 22421, CP: Julio Roberto Piza). Hay que tener en cuenta, igualmente, que esa regla sobre el inicio de la vigencia de las normas tributarias no aplica respecto de la regulación de toda clase de tributos, sino solamente para aquellas

figuras «en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un periodo determinado» (artículo 338 de la Constitución, inciso 3.º); de suerte que si el tributo en cuestión no cuenta con una base gravable que se conforme en el transcurso de un periodo, no es aplicable al caso la regla constitucional en cita, sino, eventualmente, la regla prohibición de la retroactividad propia o absoluta que consagrada en el artículo 363 de la Constitución. Adicionalmente, no es apreciable en el caso juzgado ninguna disminución de la seguridad jurídica de los contribuyentes del impuesto en cuestión, en un grado que contraría las garantías constitucionales, porque la Resolución acusada era sustancialmente idéntica a la Resolución nro. 5358, del 30 de noviembre de 2015, proferida por el Ministerio de Transporte, con lo cual, en la realidad, desde esa fecha los contribuyentes conocían adecuadamente los elementos de cuantificación del tributo que les eran aplicables. En esa medida, la resolución acusada no contraría derechos constitucionales y carecen de fundamento las alegaciones de la demanda”.

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 20 de mayo de 2021, C. P. Stella Jeannette Carvajal Basto, radicación: 11001-03-27-000-2016-00029-00 \(22479\) y 11001-03-27-000-2016-00038-00 \(22549\) Acumulados.](#)

2. La deducción por amortización de inversiones en exploraciones infructuosas se supedita al momento en que se determine que la inversión es ineficaz o inútil, de modo que el término que el artículo 143 del Estatuto Tributario prevé para aplicarla se cuenta desde el momento en que se tiene certeza de la inutilidad de la inversión

Síntesis del caso: *Se confirmó la legalidad de los actos administrativos en los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios que cierto contribuyente presentó por el año gravable 2007, en el sentido de rechazar las deducciones por amortización de inversiones infructuosas en exploración de hidrocarburos que registró, determinar el saldo a pagar e imponer sanción por inexactitud. La Sala concluyó que la amortización no procedía en el periodo gravable 2007, porque correspondía a inversiones realizadas en proyectos de exploración petrolera entre los años 2001 a 2005, respecto de contratos de asociación que terminaron por renuncia de la demandante en el año 2004, por lo que, de conformidad con el inciso 2 del artículo 143 del Estatuto Tributario, que*

obligaba a que la deducción se aplicara en el año en que se determinaba la infructuosidad de la inversión o en los dos años siguientes, la deducción solo procedía en los años 2004, 2005 y 2006. Para efectos de establecer desde cuándo iniciaba el término previsto en la referida norma para solicitar la amortización, la Sala precisó que no se cuenta desde la suscripción de las actas de terminación de los contratos de asociación, sino desde que el contratista renunció a los negocios al considerar que los proyectos no eran rentables.

AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES EN EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS QUE RESULTEN INFRUCTUOSAS – Normativa aplicable. Periodo gravable 2007 / CRITERIOS AUXILIARES DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL – Aplicación de conceptos. No son vinculantes para el juez / MODIFICACIÓN DEL ESTATUTO TRIBUTARIO MEDIANTE NORMA DEL CÓDIGO DE MINAS – Procedencia. Modificación del inciso 2 del artículo 91 de la Ley 223 de 1995 por el artículo 236 de la Ley 685 de 2001 o Código de Minas

Problema jurídico 1: *¿El artículo 143 del Estatuto Tributario, relativo a la amortización de inversiones, es aplicable en temas de hidrocarburos, habida cuenta de que el mismo tuvo origen en el Código de Minas?*

Tesis 1: “En cuanto a la imposibilidad de aplicar el artículo 236 de la Ley 685 de 2001 que modificó el inciso segundo del artículo 91 de la Ley 223 de 1995 (hoy artículo 143 del Estatuto Tributario), debido a que proviene del Código de Minas, por lo que no puede aplicarse a la exploración de hidrocarburos y en consecuencia, la norma aplicable al caso es el inciso primero del artículo 91 de la Ley 223 de 1995. Esta Sala advierte que no procede la interpretación normativa realizada por la demandante. (...) El texto original del inciso segundo del artículo 91 de la Ley 223 de 1995 regulaba la manera de amortizar, específicamente, las inversiones que resultaran infructuosas tratándose de *“adquisición o explotación de minas y exploración y explotación de yacimientos petrolíferos o de gas y otros productos naturales”*. Por lo que el inciso primero, al remitirse al anterior texto del artículo 142 del Estatuto Tributario, se refería a las demás inversiones amortizables. El artículo 142 del Estatuto Tributario ordenaba lo siguiente (...): El inciso segundo del artículo 91 de la Ley 223 de 1995 fue modificado por la Ley 685 de 2001, la cual en su artículo 236 estableció lo siguiente: *“Artículo 236. Sistema de Amortización. Modifícase el inciso segundo del artículo 91 de la Ley 223 de 1995 (hoy artículo 143 del Estatuto Tributario), el cual quedara así: “Cuando se trate de los costos de adquisición o exploración y explotación de recursos naturales no renovables, la amortización podrá hacerse con base en el sistema de estimación técnica de costo de unidades de operación o por el de amortización en línea recta en un término no inferior a cinco (5) años, Cuando las inversiones realizadas en exploración resulten infructuosas, su monto podrá ser amortizado en el año*

en que se determine tal condición y en todo caso a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes”. (...) Tanto la norma anterior como la que la modificó se refieren a la amortización de inversiones en adquisición, exploración o explotación de recursos naturales no renovables incluyendo minas, yacimientos petrolíferos, gas y otros. Del texto de la norma transcrita no puede deducirse que regulaba solo una de las anteriores actividades. Adicionalmente, se aclara que la intención del legislador fue modificar el Estatuto Tributario, por lo que resulta irrelevante que ese cambio provenga del Código de Minas. En conclusión, para el periodo en discusión, para la amortización de inversiones que resultaron infructuosas en exploración de hidrocarburos debía aplicarse el inciso segundo del artículo 91 de la Ley 223 de 1995, en los términos en que fue modificado por el artículo 23 de la Ley 685 de 2001. En cuanto a los conceptos del Ministerio de Minas y de la Agencia Nacional de Hidrocarburos a los que hace referencia la demandante en el escrito de apelación, la Sala observa, que dan respuesta a preguntas respecto al ámbito de aplicación del Código de Minas, pero no se hace un análisis del efecto tributario de las normas, como ocurre en el presente caso. Además, los conceptos remitidos por la demandante al expediente no son vinculantes para la decisión del juez de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política, ya que los jueces solo se encuentran supeditados al imperio de la ley. En cuanto a la modificación del artículo 86 de la Ley 1819 de 2016 al sistema de amortización por inversiones en recursos no renovables, la Sala aclara que fue un cambio que realizó el legislador, con el fin de modernizar la forma del cálculo de amortización y circunstancias especiales tanto en la industria de la minería como en los hidrocarburos, lo cual no afecta los actos administrativos demandados, al ser una norma

posterior al periodo del impuesto de renta que se discute.”.

DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES EN EXPLORACIÓN QUE RESULTEN INFRUCTUOSAS – Término de aplicación. Alcance del artículo 143 del Estatuto Tributario / TÉRMINO DE APLICACIÓN DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES EN EXPLORACIÓN QUE RESULTEN INFRUCTUOSAS – Inicio. Se supedita al momento en que se determine que la inversión es ineficaz o inútil / INTERPRETACIÓN DE LA LEY – Significado de las palabras. Inversión infructuosa / INVERSIÓN INFRUCTUOSA – Determinación. En el caso se configuró con la renuncia de la demandante a los contratos de asociación, pues desde ese momento tenía certeza de la inutilidad de la inversión y de que esta no le generaría beneficios en el futuro / RECHAZO DE DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES EN EXPLORACIÓN QUE RESULTEN INFRUCTUOSAS – Legalidad por aplicación extemporánea de la deducción

Problema jurídico 2: *¿Desde cuándo inicia el conteo del término previsto en el artículo 143 del Estatuto Tributario para la procedencia de la deducción por amortización de inversiones en exploración que resulten infructuosas?*

Tesis 2: “El artículo 143 del Estatuto Tributario determinaba: *“Cuando las inversiones realizadas en exploración resulten infructuosas, su monto podrá ser amortizado en el año que se determina tal condición y en todo caso a más tardar dentro de los dos años siguientes (...)* De la mencionada norma se puede inferir de su tenor literal, que estas inversiones pueden ser amortizadas en el mismo año, o a más tardar en los dos años siguientes, en el que se determine y pruebe que la inversión realizada en una mina o yacimiento resulta infructuosa. En cuanto al método de interpretación de las normas el artículo 28 del Código Civil ordena que las palabras de la ley se deben interpretar en su sentido natural y obvio, por lo que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, definió la palabra infructuoso (...): *“Infructuoso: Ineficaz o inútil para algún fin”* De acuerdo con las definiciones enunciadas, la aplicación de la deducción por amortización de inversiones se encuentra supeditada al momento en que se determine que la inversión sea ineficaz o inútil (...) De acuerdo con las pruebas (...), la Sala advierte que la misma demandante mediante las renunciaciones de los contratos de asociación en el año 2004 determinó

que su inversión fue infructuosa, ya que de forma unilateral manifestó que no deseaba continuar con el proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos, por lo que no era posible cumplir con el fin del contrato. El hecho que en el año 2005 y en el año 2012 se hayan expedido las actas de terminación de los contratos de asociación de los bloques Acevedo, Altamizal y Huila Norte no desvirtúa que desde el año 2004 la demandante haya reconocido, que no recibiría beneficios futuros por su inversión. Si bien es cierto que la apelante aduce que incurrió en gastos en el año 2005, esto no desvirtúa que desde el año 2004 de manera expresa y unilateral renunció a los contratos enunciados previamente, por lo que a partir de esa fecha se considera que la inversión es infructuosa. Además, se aclara que los gastos realizados con posterioridad al año 2004 tenían como fin la expedición de las actas de terminación de los contratos y no el cumplimiento de los contratos de asociación, como lo exigió Ecopetrol en el año mencionado en respuesta a la renuncia de la demandante. Para la Sala, en el presente caso, para la demandante existía certeza de la inutilidad de la inversión y de que no generaría beneficios futuros desde el momento de la renuncia a los contratos de asociación. Las actas de terminación de dichos contratos pusieron fin a la relación entre las partes, estando comprobado desde el 2004 que los costos fueron infructuosos”.

Salvamento de voto parcial de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

TÉRMINO DE APLICACIÓN DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES EN EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS - Iniciación. Alcance del artículo 143 del Estatuto Tributario / TÉRMINO DE APLICACIÓN DE LA DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE INVERSIONES EN EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS QUE RESULTEN INFRUCTUOSAS – Determinación de la infructuosidad de la inversión / LEVANTAMIENTO DE LA SANCIÓN POR INEXACTITUD POR DIFERENCIA DE CRITERIOS RESPECTO DEL DERECHO APLICABLE - Procedencia. Existencia de debate sobre la normativa aplicable al caso / RECHAZO DE DEDUCCIÓN POR AMORTIZACIÓN DE

INVERSIONES EN EXPLORACIÓN DE HIDROCARBUROS QUE RESULTEN INFRUCTUOSAS – Legalidad parcial

Tesis: “El artículo 143 del Estatuto Tributario vigente para la época de los hechos señalaba (...) La norma establece un requisito temporal para que las inversiones realizadas en exploración que resulten infructuosas puedan ser amortizadas, esto es, en el año que se determina esa condición, o a más tardar en los dos años siguientes. Repárese que la norma señala como punto de partida la fecha en que se determine que son infructuosas, por esto, se debe fijar con claridad y exactitud cuando acaece esa condición. En el presente caso, según se expuso en la sentencia, la actora renunció unilateralmente en el año 2004 a los contratos de asociación de los bloques Acevedo, Altamizal y Huila Norte, suscritos con Ecopetrol y mediante comunicados la entidad dio respuesta a la renuncia (...) indicando que se debían adelantar una serie de actividades para darlos por terminado (...) Luego de haberse comprobado que se cumplieron los requerimientos efectuados por Ecopetrol, se expidieron las actas de terminación de los contratos de asociación de los bloques Altamizal y Huila Norte en el año 2005 y del bloque Acevedo en el 2012. Es decir, que la devolución del área y la determinación de la infructuosidad no se hace efectiva por la simple manifestación unilateral del asociado y al recibido de la comunicación por parte de Ecopetrol, porque de acuerdo con lo previsto en los contratos de asociación, estas solo proceden cuando se finiquiten ciertas actividades y obligaciones exigidas por la entidad estatal, y de las cuales dan cuenta las actas de terminación. Así, en el presente

caso, para la demandante la infructuosidad de la inversión se materializa con las actas de terminación de dichos contratos que pusieron fin a la relación entre las partes. Por lo anterior, el término para la procedencia de la deducción por amortización de inversiones para el caso de los bloques Altamizal y Huila Norte es desde el año 2005, por lo que podía aplicarse la amortización en el periodo gravable 2007, lo que concreta mi disenso con la posición mayoritaria, situación diferente sucede con el bloque Acevedo cuya acta de terminación se dio en el año 2012. Ahora, teniendo en cuenta que debe mantenerse la improcedencia de la deducción por amortización de inversiones del bloque Acevedo, comparto la decisión de la Sala en este aspecto y respecto de levantar la sanción por inexactitud porque existe una diferencia de criterios, pero, debo precisar que, la diferencia se deriva es de la interpretación normativa expuesta por el demandante, respecto de la imposibilidad de aplicar el artículo 236 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas, que modificó el inciso segundo del artículo 91 de la Ley 223 de 1995, hoy artículo 143 del Estatuto Tributario, ya que la exploración de hidrocarburos según lo previsto en el artículo 2º del referido Código de Minas se encuentra excluido del ámbito material de este y, en consecuencia, la norma aplicable al caso era el inciso primero del artículo 91 de la Ley 223 de 1995 que permitía la amortización en el año en que se determine la condición de infructuosidad o en uno cualquiera de los años siguientes.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 24 de junio de 2021, C. P. Milton Chaves García, radicación: 25000-23-37-000-2015-00846-01 \(25215\).](#)

3. Para que un servicio se considere como intermedio de la producción (maquila) quien lo encarga puede aportar o no materia prima sin que ello lo desnaturalice, a la par que la tarifa del IVA aplicable a tal servicio es la que corresponda al bien resultante de la prestación del mismo

Síntesis del caso: *Se estudió la legalidad de los actos administrativos por los cuales la Seccional Pereira de la DIAN modificó los renglones “Ingresos brutos por operaciones gravadas” e “Ingresos brutos ventas a zonas francas”, de la declaración del IVA que cierto contribuyente presentó por el II bimestre del 2015, con el argumento de que no correspondían a ventas hacia zona franca, sino a la*

prestación de un servicio de procesamiento parcial en el resto del territorio nacional (TAN), gravado a la tarifa general, por lo que determinó un saldo a pagar y sancionó por inexactitud. La Sala anuló los actos acusados y declaró en firme la declaración privada, porque concluyó que si bien la operación económica efectuada entre la actora y el usuario industrial de zona franca configuró un servicio intermedio de la producción (maquila), el mismo estaba cobijado por la exención del IVA prevista en el literal e) del artículo 481 del Estatuto Tributario para la venta de la materia prima, componente nacional que la actora exportó al usuario de zona franca en desarrollo del objeto social de este.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA EN SERVICIOS INTERMEDIOS DE LA PRODUCCIÓN - Características. A las características reiteradas por la jurisprudencia la Sala adiciona que quien encarga el servicio puede aportar o no materia prima sin que ello desnaturalice el alcance del servicio / MAQUILA O SERVICIO INTERMEDIO DE LA PRODUCCIÓN DE PROCESAMIENTO PARCIAL PARA OBTENCIÓN DE TRANSFORMADORES - Configuración / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA EN SERVICIOS INTERMEDIOS DE LA PRODUCCIÓN - Tarifa. Reiteración de jurisprudencia / SERVICIOS INTERMEDIOS DE LA PRODUCCIÓN – Alcance del párrafo del artículo 476 del Estatuto Tributario. Reiteración de jurisprudencia. Inescindibilidad en la aplicación de la disposición / BIENES EXENTOS DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA – Literales a y e del artículo 481 del Estatuto Tributario. Servicio de Maquila. Procesamiento parcial de transformadores en el resto del territorio aduanero nacional TAN / EXENCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA EN SERVICIO INTERMEDIO DE PRODUCCIÓN DE PROCESAMIENTO PARCIAL DE TRANSFORMADORES EN EL RESTO DEL TERRITORIO ADUANERO NACIONAL – Configuración / IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA EN MATERIAS PRIMAS EXPORTADAS A USUARIOS DE ZONA FRANCA – Exención

Problema jurídico: *¿La operación económica efectuada entre la demandante y el usuario industrial Magnetron Zona Franca configura un servicio de maquila gravado con el impuesto sobre las ventas?*

Tesis: “Establece el artículo 476 parágrafo, disposición que se observa invocada por la Administración como sustento de su actuación, lo siguiente: *“En los casos de trabajos de fabricación, elaboración o construcción de bienes corporales muebles, realizados por encargo de terceros, incluidos los destinados a convertirse en inmuebles por accesión, con o sin aporte de materias primas, ya sea que supongan la obtención del producto final o constituyan una etapa de su fabricación, elaboración, construcción o puesta en condiciones de utilización, la tarifa aplicable es la que corresponda al bien que resulte de la prestación del servicio.* Sobre estos servicios intermedios de la producción, se pronunció la sala en Sentencia del 15 de marzo de 2018, exp. 20994, CP. Julio Roberto Piza, destacando las siguientes características relevantes: (i) recae sobre bienes corporales muebles; (ii) es prestado por personas o entidades diferentes del productor del bien (terceros especializados), (iii) el servicio es prestado para obtener el producto final o para coadyuvar en su fabricación, elaboración, construcción o puesta en condiciones de utilización. En esta oportunidad, se adiciona que (iv) quien lo encarga puede aportar o no, materia prima, sin que ello desnaturalice el alcance de este servicio. Al confrontar las anteriores características, con la descripción de la operación objeto de análisis,

encuentra la Sala lo siguiente: Recae sobre bienes corporales muebles: Tanto el producto semielaborado (núcleo y fleje) como el producto resultante (transformador) tienen la condición de bienes muebles. **Es realizado por personas o entidades diferentes a quien produce el bien final:** Magnetron Zona Franca es el productor y Magnetron Pereira (actor) es quien efectúa el procesamiento parcial. Esto con prescindencia de que haya vinculación económica entre las partes, esta condición es ajena a la norma. Tal es la razón por la que se aparta la Sala de lo considerado en tal sentido por el tribunal y que lo llevó a desestimar la existencia de un servicio de maquila. **El servicio se presta para obtener el producto final o para coadyuvar en su fabricación:** el procesamiento parcial es efectuado sobre el producto semielaborado suministrado por el productor de Zona Franca a partir del cual, es obtenido el transformador. **Con aporte o no de materia prima.** Magnetron Zona Franca, suministra el producto semielaborado, base del transformador. Lo anterior, evidencia sin lugar a dudas, la configuración de un servicio intermedio de la producción (maquila), (...) Si bien le asiste razón a la Administración en la caracterización de la operación como un servicio intermedio de la producción (Artículo 476 E.T), advierte la Sala que esta disposición debe aplicarse en forma inescindible, lo cual implica observar la previsión allí contenida respecto de que la tarifa para el mismo, es la que corresponda al bien que resulte de la prestación del servicio. Al respecto ha precisado la Sala que *“por imperativo del principio constitucional de equidad tributaria, la disposición conlleva que, si el bien*

resultante del proceso productivo tiene la condición de excluido del impuesto, entonces, el servicio intermedio que coadyuvó a su producción tendrá ese mismo régimen tributario" (Sentencia del 15 de marzo de 2018, exp.20994, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez). Con antelación, ya se había pronunciado esta sección, en sentencia del 28 de octubre de 2004 precisando que, "si el mismo productor no efectúa un determinado proceso, sino que encarga su ejecución total o parcial a un tercero, la realización de esta actividad configura un "servicio intermedio de la producción", de cuya prestación se obtiene un bien corporal mueble, o esté ya producido, se coloca en condiciones de utilización, sin que se requiera la adición o aporte de materias primas. En este evento, los servicios intermedios están sometidos a la tarifa del impuesto sobre las ventas que corresponda al bien resultante de la prestación del servicio, el que a su vez puede ser gravado, exento o excluido. A partir de ello, debe establecerse el tratamiento tributario del bien resultante (componente nacional), la tarifa del impuesto sobre las ventas que le corresponde, pues será esta la aplicable al servicio intermedio de la producción en análisis. A estos efectos, lo primero que debe precisarse es que, el componente nacional lo constituye la materia prima que es incorporada o ensamblada por la sociedad demandante en desarrollo del servicio de maquila, el cual ingresará a la zona franca como una exportación definitiva a la luz

de los artículos 265 y 396 del Decreto 2685 de 1999, en consonancia con el artículo 383 de la Resolución 4240 de 2000, pues estas partes e insumos son para el desarrollo del objeto social del usuario industrial de la zona franca, hecho que no fue controvertido por la Administración. (...) Resulta muy relevante lo anterior, de cara al artículo 481 literales a) y e) del Estatuto Tributario, que para efectos del impuesto sobre las ventas, expresamente prevé que, tendrán la calidad de exentos "los bienes corporales muebles que se exporten, así como, "las materias primas, partes, insumos y bienes terminados que se vendan desde el territorio aduanero nacional a usuarios industriales de bienes o de servicios de Zona Franca o entre estos, siempre que los mismos sean necesarios para el desarrollo del objeto social de dichos usuarios". Entonces, aunque para el caso concreto pudo establecer la Sala que se configura la prestación de un servicio de maquila por parte del actor hacia Magnetron Zona Franca, que se concreta en el procesamiento parcial de los transformadores en el resto del TAN, este servicio no tendría la connotación de ser gravable, comoquiera que, al enmarcarse como un servicio intermedio de la producción, le sería aplicable la exención prevista para la venta de la materia prima, componente nacional que sería exportada al usuario de zona franca en desarrollo de su objeto social."

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 27 de mayo de 2021, C. P. Myriam Stella Gutiérrez Argüello, radicación: 66001-23-33-000-2018-00214-01 \(24974\).](#)

4. Para el reconocimiento de las deducciones no basta probar la realidad de la erogación, sino que corresponde al contribuyente precisar y demostrar los motivos por los cuales, en las circunstancias específicas de su actividad productora de renta, tal erogación resultaba causal y necesaria

Síntesis del caso: Se estudió la legalidad de los actos administrativos en los que la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta del año gravable 2008 de una sociedad, en el sentido de rechazar pasivos y deducciones, adicionar ingresos por concepto de intereses generados por facturas de ventas insolutas y sancionar por inexactitud. La Sala anuló parcialmente la liquidación oficial, en cuanto a la adición de activos y de ingresos y la sanción por inexactitud, y la confirmó en lo demás, en síntesis, porque concluyó que no se demostraron los pasivos de acuerdo con las exigencias de las normas fiscales ni se acreditó el cumplimiento del artículo 107 respecto de las deducciones cuestionadas. En relación con el reconocimiento de las deducciones, reiteró las reglas fijadas en la sentencia de unificación 2020CE-SUJ-4-005, del 26 de noviembre de 2020 (exp. 21329)

ALCANCE DE LOS REQUISITOS DE CAUSALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD PARA LA PROCEDENCIA DE LAS DEDUCCIONES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Reiteración de sentencia de unificación jurisprudencial / DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS - Alcance del artículo 107 del Estatuto Tributario. Reiteración de reglas de unificación jurisprudencial / RELACIÓN DE CAUSALIDAD DE LA EXPENSA - Reiteración de regla de unificación jurisprudencial / REQUISITO DE NECESIDAD DE LA EXPENSA - Reiteración de regla de unificación jurisprudencial / REQUISITOS DE CAUSALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD PARA LA PROCEDENCIA DE LAS DEDUCCIONES EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA – Carga de la prueba. Reiteración de regla de unificación jurisprudencial / RECHAZO DE DEDUCCIÓN DE EXPENSAS POR FALTA DE DEMOSTRACIÓN DE LOS REQUISITOS DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y DE NECESIDAD - Legalidad

Problema jurídico: *¿La actora cumplió con la carga probatoria de acreditar el cumplimiento de los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario frente a las expensas que fueron rechazadas mediante los actos acusados?*

Tesis: “[E]l objeto de la presente controversia y, de suyo, la decisión que compete a la Sala se concreta en determinar si está probado que las expensas incurridas por la demandante satisficieron las exigencias que demanda el mencionado artículo 107. 5.1- Dado que los parámetros para decidir esa cuestión fueron unificados por esta Sección en la providencia 2020CE-SUJ-4-005, del 26 de noviembre de 2020 (exp. 21329, CP: Julio Roberto Piza), la Sala fallará la presente controversia atendiendo a las reglas de unificación dictadas en esa sentencia. Al tenor de ellas, *«tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta»*, sin que *«la obtención de ingresos ni el enunciado del objeto social del sujeto pasivo»* sean determinantes a efectos del nexo causal (regla 1.º); y cumplen el requisito de necesidad las expensas que *«realiza razonablemente un contribuyente en una situación de mercado y que, real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta»*, circunstancia que puede valorarse a partir de *«criterios relativos a la situación financiera del contribuyente, las condiciones del mercado donde se ejecuta la actividad lucrativa, el modelo de gestión de negocios propio del contribuyente, entre otros»* (regla 2.º). Ahora, sobre la prueba de la satisfacción de esos requisitos en casos concretos, la regla 4.ª de unificación *ejusdem* determina que: Los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y

proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta. Así pues, en la sentencia de unificación esta judicatura juzgó que la mayor concreción del cuestionamiento de la autoridad tributaria, frente a la aplicación y alcance de los requisitos del artículo 107 del ET, tendrá como correlato un mayor despliegue probatorio por parte del administrado, pues ese nivel de especificidad requerirá mayor diligencia, carga argumentativa y demostraciones técnicas por parte del contribuyente. 5.2- A fin de determinar si las expensas incurridas cumplieron los requisitos de necesidad y causalidad que fueron reprochados y motivados por la Administración, la Sala encuentra relevante las siguientes circunstancias: (...) [S]e observa que, en el procedimiento de revisión, la demandada reprochó expresamente la falta de causalidad y de necesidad de los gastos debatidos, aseveró que otros sujetos en las mismas condiciones económicas no los habrían realizado, censuró la falta de identificación de sus destinatarios e, incluso, los describió como *«suntuosos»* o *«superfluos»*. Sin embargo, se constata que la oposición planteada por la demandante se limitó a probar la realidad de las erogaciones glosadas —pese a que esa cuestión no fue objeto de reproche—, y a afirmar, en términos abstractos, que estaba cumplido el presupuesto de hecho del artículo 107 del ET, sin precisar los motivos por los cuales, en las circunstancias específicas de su actividad productora de renta, tales erogaciones resultaban causales y necesarias. Así, respecto de la relación de causalidad, se echan en falta descripciones en torno a la concreta actividad económica que desarrolla la demandante, su estructura corporativa interna, las características de la nómina contratada y los elementos que componen sus particulares procesos productivos, entre otros factores decisivos para la configuración del nexo causal. Ello, porque tales indicaciones habrían provisto información sobre la actividad generadora de renta adelantada por la contribuyente, a partir de la cual sería posible advertir si entre aquella y los gastos reprochados existía algún

tipo de conexión. Análogamente, en relación con la exigencia de necesidad, es patente la ausencia de explicaciones sobre el mercado en el que opera la actora, su particular situación financiera, las características operativas que demanda su actividad generadora de renta, la incidencia de variables macroeconómicas, la planificación comercial planteada por sus altos ejecutivos, etc. Toda esta información es poseída por el contribuyente y, en teoría, orienta la toma de decisiones comerciales, de modo que la misma podría haberse puesto a disposición de la Administración y de la Sala a efectos de comprobar que las erogaciones glosadas estaban guiadas por un propósito comercial que permitía desarrollar, conservar o mejorar la actividad productora de renta. Valga destacar que tales cuestiones están cobijadas por la libertad probatoria, de modo que podrían haberse sustentado mediante notas a los estados financieros, análisis de expertos

sobre los libros contables, actas de junta directiva u otros documentos de órganos de administración, testimonios de ejecutivos de la compañía o de competidores, declaraciones de parte, artículos en publicaciones de reconocido valor académico, estadísticas informadas por el DANE, comparaciones de mercado, entre otros medios disponibles y pertinentes. Desde esa perspectiva, para la Sala son completamente desconocidas las circunstancias que permitirían construir el nexo de causalidad entre las actividades generadoras de renta desarrolladas por la demandante y las erogaciones incurridas y también aquellas que orientarían la evaluación sobre la necesidad de esos gastos en el ámbito comercial. Como la carga de efectuar esas demostraciones incumbía a la entidad obligada tributaria y la misma fue insatisfecha, no encuentra la Sala que haya sustento fáctico para acceder a las peticiones de la apelante única”.

Aclaración de voto de la consejera Myriam Stella Gutiérrez Argüello

DEDUCIBILIDAD DE LAS EXPENSAS – Requisitos y carga probatoria / DEDUCIBILIDAD DE EXPENSAS LABORALES – Requisitos. Para su reconocimiento debe ser suficiente la demostración de su realidad y la demostración del cumplimiento de los requisitos legales / RELACIÓN DE CAUSALIDAD CON LA ACTIVIDAD PRODUCTORA DE RENTA Y NECESIDAD DE EXPENSAS LABORALES – Alcance. Se sustentan por sí mismas / RECHAZO DE DEDUCCIÓN DE EXPENSAS LABORALES POR FALTA DE DEMOSTRACIÓN DE LOS REQUISITOS DE RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y DE NECESIDAD – Ilegalidad. Prueba excesiva. Exigir para su reconocimiento fiscal, pruebas diferentes a aquellas que sustentan su realidad o que acreditan el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley para el reconocimiento del costo o gasto laboral, como la retención en la fuente, pagos a seguridad social y aportes parafiscales, entre otros, devendría en excesivo

Tesis: “Resulta claro, en el marco del artículo 107 del ordenamiento tributario, que las expensas deben tener relación de causalidad, ser necesarias y proporcionadas con la actividad productora de renta y que la carga probatoria del cumplimiento de estas condiciones corresponde al contribuyente. Si bien a esos efectos, es de esperarse un riguroso despliegue probatorio, como lo señala la providencia, que incluya la descripción, explicación y análisis de las características operativas, financieras y de mercado, entre otros aspectos, considero que tratándose de las erogaciones de índole laboral debe resultar suficiente la demostración de su realidad. En la sentencia, objeto de aclaración, se desestimaron expensas laborales, como bonificaciones, casino, restaurante, capacitación, recreación y medicamentos, cuya realidad ni siquiera fue objeto de debate. Esto bajo la consideración que faltó actividad probatoria a partir

de la cual pudiera establecerse el cumplimiento de cada una de las condiciones del artículo 107 del E.T. En mi criterio, la necesidad y relación de causalidad de estas expensas con la actividad productora de renta, se sustentan por sí mismas. Siendo el recurso humano el determinante en las organizaciones para el desarrollo de las actividades inherentes a la empresa y teniendo cada empleador la libertad de convenir con sus trabajadores las condiciones laborales para su remuneración o retención, exigir para su reconocimiento fiscal, pruebas diferentes a aquellas que sustentan su realidad o que acreditan el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley para el reconocimiento del costo o gasto laboral, como la retención en la fuente, pagos a seguridad social y aportes parafiscales, entre otros, devendría en excesivo.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 6 de mayo de 2021, C. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, radicación: 52001-23-33-000-2014-00115-01 \(22277\).](#)

SECCIÓN QUINTA

1. Se declaró la nulidad del acto de elección de los representantes principal y suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó CODECHOCÓ

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección de los representantes principal y suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó CODECHOCÓ, aduciendo que entre la fecha de la convocatoria y la elección no transcurrieron treinta (30) días hábiles, lo cual, tuvo incidencia en la validez de dicho acto. La Sala declaró la nulidad del acto de elección demandado, teniendo en cuenta que entre la convocatoria y la elección no se cumplió con el plazo de ley establecido en 30 días hábiles y que debido a esa omisión se presentó una baja participación de los consejos comunitarios.*

NULIDAD ELECTORAL - Contra el acto de elección de los representantes principal y suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó CODECHOCÓ / NULIDAD ELECTORAL – El plazo entre convocatoria y elección se entiende que son días hábiles / NULIDAD ELECTORAL – Aplicación del enfoque diferencial étnico: el solo desconocimiento del término legal no basta para declarar la nulidad del acto de elección / NULIDAD ELECTORAL – Diferencias entre principios y valores / NULIDAD ELECTORAL – La baja participación de los consejos comunitarios acreditó la incidencia directa y trascendental de la omisión del plazo en el resultado de la elección

Problema jurídico: *¿El acto de elección del representante principal y suplente de las comunidades negras ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó, infringió el artículo 2.2.8.5.1.1 del Decreto 1076 de 2015, en cuanto se aduce que entre la fecha de la convocatoria y la elección no transcurrieron treinta (30) días hábiles?*

Tesis: “Ahora bien, en lo que refiere al plazo de treinta (30) días que debe transcurrir, entre la convocatoria y la elección, coincide la Sala con la interpretación armónica que debe hacerse de la disposición, como lo sugieren el demandante, el director general de la CAR y la agente del Ministerio Público. En efecto, el cumplimiento de dicho precepto debe partir de su lectura sistemática con el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913 que, como bien se sabe, establece que cuando una norma se refiere a “días”, debe entenderse que estos son hábiles, salvo que el mismo dispositivo prevea lo contrario. (...). Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que en el presente asunto no se cumplió con el plazo fijado en el artículo 2.2.8.5.1.1. del Decreto 1076 de 2015, como quiera que la convocatoria respectiva se publicó en el diario El Espectador el 7 de agosto de 2019 y la elección se llevó a cabo el 7 de septiembre del mismo año, por lo que se advierte, fácilmente, que los treinta (30) días, se tomaron como días calendario, tal como reconoce el propio director general de CODECHOCÓ. (...). En

otras palabras, para que se cumplieran los términos de la ley, debió publicarse la convocatoria a elección de dichos representantes ante el consejo directivo de CODECHOCÓ, con mayor antelación a la fecha en que se hizo. (...). Ahora bien, en el presente caso, en aplicación del enfoque diferencial étnico, se debe señalar que el solo desconocimiento del término legal no basta para declarar la nulidad del acto de elección, pues, es necesario que lleve aparejada la vulneración de algún valor o principio constitucional cuya jerarquía supone que sustentan la elección misma. Esta perspectiva de análisis axiológico tiene asidero en el sub judice, por tratarse de un caso en el que en enfoque diferencial étnico cobra relevancia para destacar que las autoridades tienen el deber de salvaguardar con mayor intensidad las garantías constitucionales y legales que tienen las comunidades negras para mantener su identidad cultural e integridad de sus territorios colectivos, mediante su participación en las decisiones que les afectan. (...). [A] omitirse la publicación de la convocatoria con la suficiente anticipación, como lo ordena el artículo 2.2.8.5.1.1 del Decreto 1076 de 2015, se comprometieron valores y principios de raigambre constitucional como la participación política, la igualdad material, el pluralismo y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, en tanto, las comunidades negritudes, tienen derecho a participar en las decisiones que los afecta en la vida política, económica, social y cultural del

país. Para esta Sala resulta innegable que existió una relación de conexidad entre la disminución del plazo de treinta (30) días hábiles, en cuyo lapso debió efectuarse la publicidad de la convocatoria y la fecha de la elección, con respecto a la baja participación de los consejos comunitarios, pues, no es lo mismo que se otorgue un amplio margen para que los consejos comunitarios hagan sus reuniones internas,

promuevan sus postulaciones y reúnan la documentación que deben acreditar para la inscripción en este proceso, que establecer un término estrecho para tales efectos. Esta situación se evidenció en la inscripción de una única plancha de candidatos, lo que impidió una mayor escogencia entre una diversidad de opciones, afectando sensiblemente el derecho a la participación política.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 22 de abril de 2021, C. P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 11001-03-28-000-2020-00055-00.](#)

2. Se declaró la nulidad del acto de llamamiento de la senadora Soledad Tamayo Tamayo para lo que resta del período constitucional 2018-2022, quien había sido llamada para ocupar la vacante de Aida Merlano Rebolledo

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de llamamiento de la senadora Soledad Tamayo Tamayo, quien fue llamada a ocupar la vacante de Aida Merlano Rebolledo, por lo que resta del período constitucional 2018-2022, aduciendo que tal vacante no podía ser ocupada por nadie teniendo en cuenta que a la ciudadana Aida Merlano Rebolledo se le privó de su libertad por la comisión de los delitos de concierto para delinquir, corrupción al sufragante, fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas. La Sala declaró la nulidad del acto de llamamiento de la senadora Soledad Tamayo Tamayo al considerar que dicho llamamiento es contrario a la prohibición de que trata el inciso 2° del artículo 134 de la Constitución, pues para la fecha en que tuvo lugar el llamamiento, continuaba vigente la restricción de la libertad de la señora Aida Merlano Rebolledo en virtud de un proceso en el que se le atribuían entre otros, la comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática en su aspiración al Senado período 2018-2022, por lo que el partido que la apoyó mientras no se dictara una decisión que levantara la medida de aseguramiento o se confirmara la inocencia de dicha ciudadana, no podía hacer uso de la curul mediante otro candidato en reemplazo.*

NULIDAD ELECTORAL / ACTO DE LLAMAMIENTO / VACANCIA ABSOLUTA DEL CONGRESISTA – Prohibición de reemplazo de vacante

Problema jurídico: *¿El acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como Senadora de la República, para lo que resta del período constitucional 2018-2022, es nulo por contrariar lo normado en los artículos 134 de la Constitución Política y 278 de la Ley 5 de 1992?*

Tesis: “Para la Sala es claro que en aplicación del inciso 2° del artículo 134 constitucional, al proferirse la orden de captura relacionada con un delito contra los mecanismos de participación democrática, contra la entonces representante a la Cámara Aida Merlano Rebolledo, la curul en la que fue elegida no podía ser provista mediante la figura del reemplazo, porque así lo prohíbe la norma antes señalada. (...). [A]nte (...) la inquietud si durante el tiempo en que permanecieron las decisiones relacionadas con la privación de su

libertad y en discusión la comisión del delito de corrupción al sufragante, podía llamarse en reemplazo para la curul del Senado a otro candidato del Partido Conservador, interrogante que a juicio de la Sala, a la luz del inciso 2° del artículo 134 de la Constitución Política debe responderse de manera negativa, en atención a que el mismo, luego de su reforma por el Acto Legislativo 02 de 2015, prescribe de manera categórica, sin contemplar excepciones, que “en ningún caso” pueden ser reemplazados los miembros de corporaciones públicas contra los cuales se profiera orden de captura (con más razón los condenados) entre otros, por delitos contra los mecanismos de participación democrática, lo que quiere decir, que hasta que no se definiera la situación penal del elegido, la curul de manera alguna podía ser provista. (...). Dicho de otro modo, aunque la privación

de la libertad de la señora Aída Robledo Rebolledo por la comisión de un delito contra los mecanismos de participación democrática, tuvo lugar cuando pertenecía a la Cámara de Representantes período 2014-2018, y por tal razón acertadamente respecto de la curul que ocupaba se aplicó la silla vacía, el hecho de que su situación penal continuara abierta y sólo fuera decidida confirmando la comisión del delito de corrupción al sufragante, hasta el 27 de mayo del 2020, implicó que la prohibición de proveer la curul se materializara respecto de la que obtuvo en el Senado de la República para el período 2018-2022, transitoriamente, mientras permanecían vigentes las providencias que ordenaron la privación de su libertad y luego de manera definitiva al ser condenada, con la consecuencia de que el partido político que la avaló tanto en su aspiración a la Cámara de Representante como al Senado y que se vio beneficiado por los votos

obtenidos por dicha candidata, no tuviera la posibilidad de reemplazarla. Bajo ese entendido, le asiste razón a la parte demandante al considerar que el llamamiento que se le hizo a la señora Soledad Tamayo Tamayo el 28 de mayo de 2019, para ocupar el cargo para el que fue elegida la señora Aída Merlano Bedolla (sic) es contrario a la prohibición de que trata el inciso 2° del artículo 134 de la Constitución, pues para esa fecha continuaba vigente la restricción de su libertad en virtud de un proceso en el que se le atribuían entre otros, la comisión de delitos contra los mecanismos de participación democrática en su aspiración al Senado período 2018-2022, por lo que el partido que la apoyó mientras no se dictara una decisión que levantara la medida de aseguramiento o se confirmara la inocencia de dicha ciudadana, no podía hacer uso de la curul mediante otro candidato en reemplazo.”

Aclaración de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

VACANCIA TEMPORAL DEL CONGRESISTA / VACANCIA DEFINITIVA DEL CONGRESISTA – Implica para la autoridad nominadora desplegar la actividad de llamamiento / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD – La prohibición del llamamiento exige una sentencia condenatoria y la orden de captura no lo es

Tesis: “Si bien el fallo contiene las fechas de la orden de captura, de cuándo se profirió la sentencia de nulidad electoral y cuándo la Corte Suprema dictó fallo condenatorio contra la señora Aída Merlano, [se considera] que más allá de la mención que se hace, la decisión no dimensionó el alcance de cada decisión en la particularidad de las circunstancias que rodearon el caso. En este asunto se parte de una orden de captura que siempre se ha considerado un hecho constitutivo de vacancia temporal, en tanto no es la decisión definitiva y, en últimas, puede ser revocada por la autoridad penal y si bien conforme al mandato del artículo 134 superior no puede ser objeto de reemplazo cuando se trata de delitos contra los mecanismos de participación democrática, la medida sigue siendo para efectos electorales de vacancia temporal, pero y qué sucede cuando aparece en este interregno una decisión judicial que implica la vacancia definitiva del cargo, como lo es la decisión de nulidad de la elección de la señora Aída Merlano y es con base en ésta, que el Congreso inicia la labor de llamamiento, que había cumplido absteniéndose de suplir mientras estaba sometido a la vacancia temporal por la orden de captura. Lo cierto es que la sentencia de nulidad del Consejo de Estado implica un quiebre en la continuidad de la clase de vacancia que se imposibilitaba cubrir, por mérito del artículo 134 constitucional con la mera orden de captura, pero que se finiquitó, electoralmente hablando –no en

lenguaje penal- con la mutación de vacancia temporal por la orden de captura a vacancia definitiva con la decisión de nulidad electoral de la Sección Quinta. (...). [C]on respecto a la mera orden de captura como parámetro indicativo de imposibilidad del llamamiento congresual, pues no puede olvidarse que la convencionalidad exige la sentencia condenatoria, cualificación que no se predica de la medida de captura. Aunado a que si la vacancia temporal devenida de la orden de captura fuera el parámetro permanente que imposibilita el llamamiento, así se hubiera previsto en la norma indicando alguna expresión similar de “independientemente de que resulte condenado o no” y, en esa línea de interpretación amplia, entonces tampoco el juez de la nulidad electoral podría dictar sentencia de nulidad electoral, al quedar sometido a la prejudicialidad penal, debiendo esperar a que la jurisdicción penal resolviera en forma definitiva la situación del sujeto con orden de captura. (...). Es más era viable y de mayor garantía para los derechos políticos en tratándose de un cargo de elección por voto popular considerarse que solo a partir de la ejecutoria de la sentencia penal condenatoria, se sancionara al partido político postulante de la condenada con la imposibilidad de que continuara ocupando la curul, pues ese es el punto o parámetro de inflexión en el que con certeza podría aplicarse la figura llamada coloquialmente “silla vacía”.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 13 de mayo de 2021, C. P. Rocío Araújo Oñate, radicación 11001-03-28-000-2019-00024-00 \(Acumulado\).](#)

3. Se confirmó la sentencia que declaró la nulidad del acto de elección del personero municipal de Apartadó

Síntesis del caso: Se demandó la nulidad del acto de elección del personero municipal de Apartadó aduciendo que el concurso de méritos llevado a cabo para su elección no fue apoyado por una entidad idónea. La Sala confirmó la decisión de primera instancia mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las pretensiones de la demanda, toda vez que se acreditó que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS no se encontraban facultadas para la labor de asesoría, acompañamiento y apoyo al concejo municipal en el concurso de méritos para la elección del personero.

NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección del personero municipal de Apartadó / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – El concurso de méritos no fue apoyado por una entidad idónea

Problema jurídico: De acuerdo con lo decidido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión y los argumentos de la apelación, en los que grosso modo el demandado y el Concejo Municipal de Apartadó entronizan en el presunto cumplimiento del requisito de idoneidad y especialidad de las instituciones FEDECAL y CREAMOS TALENTOS para acompañar el proceso de selección del concurso de méritos, encuentra la Sala que el problema jurídico en esta instancia se contrae a determinar si se confirma, modifica o revoca la decisión de haber accedido a las pretensiones de la parte actora, y en tal sentido, si la elección del señor JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA como Personero del Municipio de Apartadó para el periodo 2020 - 2024 es nula y si, en todo caso, se presentó una transgresión al derecho y principio de igualdad por parte del a quo al emitirse decisiones contradictorias que versaron sobre hechos similares.

Tesis: “[L]a Ley 1551 de 2012 fijó la regla de que los concejos municipales eligen a sus personeros, luego de superado un concurso de méritos. (...). Y que como (...), una de las directrices más claras que la Corte Constitucional determinó en la sentencia C-105 de 2013, es que era factible que los concejos municipales pudieran adelantar el concurso de méritos, directamente o a través de un tercero contratado para el efecto. (...). Por tanto, tratándose del concurso de méritos para la elección del personero, el concejo municipal puede apoyarse en: (i) universidades, (ii) instituciones de educación superior ya sean públicas o privadas o (iii) entidades especializadas en la selección de personal. (...). Pues bien, esta Sala Electoral, en pronunciamientos previos ha traído a colación el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 para dilucidar qué se entiende por “entidad especializada en procesos de selección de personal”, arribando a la conclusión de que la cualificación de especializada se decanta y se materializa en “aquella persona jurídica privada o pública, que tenga dentro de su objeto social la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal”. (...). De lo anterior se colige que, como

bien lo indicó la parte demandante, la Federación Colombiana de Autoridades Locales FEDECAL no tiene dentro de su objeto social, la actividad de llevar a cabo procesos de selección de personal. Aunado al hecho que, (...) la experiencia por haber adelantado otros concursos de méritos no supe la exigencia legal de la cualificación de especializada que debe predicarse respecto de quien pretende apoyar al cabildo con el desarrollo e implementación del concurso. (...). En esa línea, la Sala considera que para el correcto entendimiento del objeto social que refleje la condición de persona jurídica o empresa especializada, se exige que esté contenida en su objeto social, pues de lo contrario sería dable señalar que ha llevado a cabo una labor ajena a las actividades que la sociedad desarrolla o debe adelantar. (...). Todo lo anterior permite arribar a la conclusión de que FEDECAL, al no contar con una disposición expresa en su objeto social respecto de ser una entidad especializada en procesos de selección de personal, no podía brindarle este servicio al Concejo Municipal de Apartadó, de tal suerte que quedó acreditado el vicio alegado por el demandante. (...). [C]on relación al segundo participante que apoyó al Concejo Municipal de Apartadó en la implementación del concurso de méritos, esto es, CREAMOS TALENTOS. (...). [E]sta Magistratura encuentra que las actividades relacionadas con el suministro de recurso humano o agencias de empleo no pueden asimilarse a la realización de un concurso público y abierto de méritos. (...). Por tanto, dado que CREAMOS TALENTOS no ostenta las calidades necesarias para ser categorizada como entidad especializada, pues, por un lado, no cuenta en sus actividades con elementos determinantes que permitan así considerarla, y por otro, carece de persona jurídica, lo que conlleva a la Sala a ratificar la configuración del primer vicio invocado por el demandante, referente a que el concurso de méritos no fue apoyado por una corporación idónea. Con fundamento en las razones expuestas, la Sala Electoral del Consejo de Estado concluye que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS no se encontraban

facultadas para llevar las labores de asesoría, acompañamiento y apoyo al Concejo de Apartadó

dentro del concurso de méritos para la elección del Personero Municipal.”

Aclaración de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Necesidad de que el legislador expida normas para que el Departamento Administrativo de la Función Pública acompañe y asesore el proceso de selección / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – Entidad idónea para llevar a cabo los concursos de méritos en el proceso de elección del personero

Tesis: “[Se presenta la] aclaración de voto frente a un aspecto cuyo planteamiento no fue recibido por la Sala mayoritaria, atinente a la necesidad de solicitar al legislador materializar normativamente una solución para que a los Concejos se les posibilite contar con el acompañamiento y asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública, dentro de los procesos de selección del personero municipal, y con ello puedan, si a bien lo tienen, redistribuir los recursos que en principio estarían destinados a contratar empresas especializadas en la mentada labor, para la salvaguarda y necesidades de sus entes territoriales. (...). Por tanto, tratándose del concurso de méritos para la elección del personero, el concejo municipal puede apoyarse en: (i) universidades, (ii) instituciones de educación superior ya sean públicas o privadas o (iii) entidades

especializadas en la selección de personal. (...). [E]l Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP resulta idóneo para el acompañamiento y apoyo para llevar a cabo los concursos de méritos tendientes a nombrar por meritocracia al Personero. (...). Con esto, no cabe duda de que el DAFP se encuentra plenamente dotado para brindarle el acompañamiento a los Concejos Distritales y Municipales que requirieran de su apoyo para llevar a cabo los procesos de selección y concursos de méritos para la elección de sus personeros, lo que, además de un claro trabajo armónico entre el sector público, también le permitiría a las autoridades locales optimizar sus recursos y distribuirlos para satisfacer las necesidades en sus territorios, logrando así maximizar los fines del Estado Social de Derecho.”

[Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 29 de abril de 2021, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 05001-23-33-000-2020-00480-01.](#)

4. Se confirmó la sentencia que negó las pretensiones anulatorias del acto de elección del alcalde de Bello, Antioquia

Síntesis del caso: *Se demandó la nulidad del acto de elección del alcalde del municipio de Bello, Antioquia, aduciendo que se encontraba inhabilitado para participar en política puesto que recaía sobre él una interdicción para el ejercicio de funciones públicas con motivo de la medida de aseguramiento no privativa de la libertad que le había sido impuesta. La Sala confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, luego de considerar que la interdicción para el ejercicio de funciones públicas debe provenir de una sentencia penal ejecutoriada y no de una medida cautelar.*

INHABILIDAD DEL ALCALDE POR CONDENA A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD / INTERDICCIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – Debe ser declarada en materia penal a través de sentencia condenatoria en firme

Problema jurídico: *Establecer si Óscar Andrés Pérez Muñoz con ocasión de la medida de aseguramiento no privativa de la libertad impuesta el 30 de enero de 2019 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, consistente en la prohibición de participar en política, se encontraba inhabilitado y recaía sobre él una interdicción para el ejercicio de funciones*

públicas que le impedían inscribirse como candidato a la Alcaldía del municipio de Bello para el periodo constitucional 2020-2023, con fundamento en lo previsto en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Tesis: “[D]e conformidad con lo preceptuado en los artículos 43 y 44 del Código Penal, la pena de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas debe ser impuesta por el juez penal a través de una sentencia, o declarada por una autoridad administrativa, en atención a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 734 de 2002. Es claro que la interdicción para el ejercicio de funciones públicas debe ser declarada, en materia penal, a través de sentencia condenatoria en firme, de lo que se sigue que la referida restricción no debe provenir de una medida cautelar, en consideración a que una interpretación en sentido distinto implicaría una flagrante contradicción del artículo 122 de la Constitución Política, lo que de suyo apareja una violación del derecho político a ser elegido. Si bien en el artículo 37.1 de la Ley 617 de 2000 no se indica en forma expresa que la declaración de interdicción para el ejercicio de funciones públicas debe provenir de una sentencia penal ejecutoriada o de una decisión con la misma connotación pero de parte de una autoridad administrativa, lo cierto es que en una interpretación

armónica y teleológica de dicha disposición con el artículo 122 Constitucional, en cuanto se refiere al ámbito penal, permite concluir que tal restricción debe necesariamente imponerse a través de una sentencia y no mediante una medida cautelar, aun cuando esta se haya adoptado con sujeción estricta al régimen legal vigente en la materia. (...). En ese orden, la decisión judicial de carácter penal que restrinja los derechos políticos de los ciudadanos debe ser adoptada mediante sentencia debidamente ejecutoriada en la que se prive de la libertad al condenado, de conformidad con lo previsto en el artículo 37.1 de la Ley 617 de 2000, en concordancia con lo señalado en los artículos 122 de la Constitución y 43 y 44 del Código Penal. Así las cosas, comoquiera que no se desvirtuó la presunción de legalidad de la que se encuentra revestida el acto de elección [del demandado] como alcalde del municipio de Bello, esta Sala de Decisión confirmará la sentencia (...) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.”

[Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2021, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 05001-23-33-000-2019-02938-01 \(Acumulado\).](#)

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público es la autoridad competente para liquidar y recaudar la Tarifa de Control Fiscal a la que se refiere el artículo 4° de la Ley 106 de 1993. De otra parte, corresponde a la Contraloría General de la República el ejercicio de las facultades de cobro persuasivo y coactivo de la Tarifa de Control Fiscal mencionada.

Síntesis del caso: *Se resolvió una consulta formulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el sentido de determinar «la autoridad administrativa a la que corresponde efectuar el cobro persuasivo y el cobro coactivo de la tarifa de control fiscal» a la que se refiere el artículo 4 de la Ley 106 de 1993.*

AUTORIDAD COMPETENTE PARA LA LIQUIDACIÓN Y RECAUDO DE LA TARIFA DE CONTROL FISCAL – Ministerio de Hacienda y Crédito Público / AUTORIDAD COMPETENTE PARA COBRAR PERSUASIVA Y COACTIVAMENTE LA TARIFA DE CONTROL FISCAL – Contraloría General de la República

Problema jurídico: *“¿Según lo establecido en los artículos 4 de la Ley 106 del 30 de diciembre de 1993 y 137 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, cuál es la autoridad administrativa en quien recae el ejercicio de la facultad de cobro persuasivo, coactivo y/o ejecutivo de la tarifa de control fiscal?”.*

Tesis: “La Ley 106 de 1993 creó la tarifa de control fiscal como un instrumento para garantizar la autonomía de la Contraloría General de la República y concibió a dicha entidad como titular de todo el proceso. Viene a ser la Ley 1955 de 2019 la disposición que segmenta el procedimiento y dispone perentoriamente que en adelante sea el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la entidad que liquidará y recaudará la tarifa. Se precisa, de otra parte, que el procedimiento de cobro coactivo tiene

por objeto fundamental que la Administración cobre directamente, sin la mediación judicial, sus propios créditos; es decir, un privilegio de la Administración Pública para que ella misma ejecute sus acreencias. [...] Como aparece vertido en las consideraciones que anteceden, no deben confundirse las funciones de recaudar y cobrar, pues comportan contenidos y regulaciones diferentes. Entonces, habida cuenta de que la Ley 1955 de 2019 solo adscribió al Ministerio las competencias de liquidar y recaudar, se mantienen incólumes las de cobrar persuasiva y coactivamente, en cabeza de la Contraloría. [...] La autoridad en que recae el ejercicio de las facultades de cobro persuasivo y coactivo de la Tarifa de Control Fiscal, creada en el artículo 4° de la Ley 106 de 1993 es la Contraloría General de la República”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de abril de 2021, C.P. Germán Alberto Bula Escobar, radicación: 11001-03-06-000-2021-00011-00\(2459\)](#)

2. La celebración de un nuevo contrato para terminar las obras faltantes del contrato No. 3460 de 2008 (construcción del Túnel de la Línea), es necesaria en atención a la obligación que tiene el Estado de proteger el patrimonio y los recursos públicos. Los pagos que se realicen para poder alcanzar la finalidad perseguida no dan lugar a doble pago por cuanto las obras que se incluirían en el nuevo contrato no corresponden a los realizados a satisfacción sino a obras faltantes por culminar.

Síntesis del caso: *“El Ministerio de Transporte consulta a la Sala con el propósito de establecer si es posible adelantar un proceso licitatorio para contratar el 12% de las obras faltantes que se requieren para concluir la construcción del Túnel de la Línea con cargo a vigencias futuras del presupuesto del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS y determinar si al hacerlo estaría incurriendo en un doble reconocimiento o pago”*

LICITACIÓN PÚBLICA EN EL CASO CONCRETO – Busca la protección del patrimonio y recursos públicos / LICITACIÓN PÚBLICA EN EL CASO CONCRETO – Busca precaver la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos

Problema jurídico 1: *“es procedente que el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS decida adelantar el proceso licitatorio orientado a contratar la ejecución del doce por ciento (12%) de las obras faltantes para culminar la construcción del Túnel de la Línea, señalando que se realizó solamente el ochenta y ocho por ciento (88%) de las obras contempladas dentro del objeto y alcance contractual, precisando que el plazo de ejecución del Contrato de Obra Pública No. 3460 de 2008 suscrito con la UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO – desarrollado con la modalidad de “Llave en mano” (Precio Global Fijo)- feneció el 30 de noviembre de 2016?”*

Tesis 1: “Para la Sala la celebración de un nuevo contrato para culminar las obras faltantes del contrato No. 3460 de 2008, bajo el procedimiento de licitación planteado en la consulta, no sólo es viable sino necesaria teniendo en cuenta el deber jurídico que tiene la Administración de lograr el fin del contrato y así satisfacer los fines estatales y la continuidad del servicio público, tal y como lo demandan los artículos 2º, 209 y 365 de la Carta Política, 3º, 25, 26 y 28 de la Ley 80 de 1993 y 3º de la Ley 1437 de 2011. Así, la terminación de las obras

encuentra justificación en atención a: i) la debida tutela sobre la finalidad del contrato, esto es, la satisfacción de una necesidad de servicio público de interés general, ii) la aplicación de los principios de economía, eficacia, precaución, eficiencia, celeridad, buena administración y continuidad del servicio y iii) la obligación que tiene el Estado de proteger el patrimonio y los recursos públicos y de precaver la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos. En este sentido, la culminación de las obras es necesaria en virtud de: a) la urgencia y necesidad de evitar la parálisis de la obra por un tiempo prolongado puesto que ello conllevaría, de acuerdo con lo expresado por los expertos, un sin número de riesgos ecológicos y técnicos, los cuales, de materializarse, pueden afectar de forma gravosa las obras hasta ahora realizadas, y además se perturbaría el normal desarrollo y finalización de otros contratos que actualmente se adelantan y hacen parte del proyecto Cruce de la Cordillera, pudiéndose ocasionar una inoperatividad de todo el proyecto en su conjunto, b) el posible detrimento patrimonial que podría producirse por el deterioro de las obras ya realizadas y c) la posible responsabilidad patrimonial del Estado ante la afectación económica y técnica de los otros

contratos del proyecto que dependen de la finalización de las obras”.

LICITACIÓN PÚBLICA EN EL CASO CONCRETO – Busca la protección del patrimonio y recursos públicos / LICITACIÓN PÚBLICA EN EL CASO CONCRETO – Busca precaver la ocurrencia de daños patrimoniales y ecológicos

Problema jurídico 2: *¿En el evento de adelantarse el proceso licitatorio señalado en precedencia y haciendo referencia al ordenamiento legal vigente en materia presupuestal, el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS estaría expuesto a incurrir en un eventual doble reconocimiento o “doble pago”? ¿Qué consecuencias legales acarrea ante la Administración Pública, si llegare a presentarse tal situación?*

Tesis 2: “En virtud del principio de economía establecido en los artículos 209 de la Constitución Política y 3º de la Ley 1437 de 2011, las autoridades administrativas deben actuar con austeridad, eficiencia y optimizar el uso de los recursos públicos. Con todo, ello no implica que cuando se presenten contingencias de cualquier naturaleza, el Estado se vea imposibilitado para hacer frente a dicha situación, pues es un deber estatal sortearlas con miras a que ese objeto contractual cumpla su finalidad, tal como lo exigen las reglas y principios que rigen la contratación estatal, señalados en la respuesta anterior. [...] Como se indicó en las consideraciones precedentes, el hecho de que se haya aumentado y cancelado el valor del contrato No. 3460 por las razones expuestas por el INVÍAS, gran parte derivadas de las estipulaciones contractuales sobre riesgo geológico y que este no se hubiese cumplido

en su totalidad en los términos señalados, los pagos que se realicen posteriormente para poder alcanzar la finalidad perseguida en el mismo, no dan ni deben dar lugar a un doble pago por cuanto, según lo informado por el INVÍAS: i) las obras e ítems que se incluirían en el nuevo contrato no corresponden a los realizados a satisfacción por el contratista del contrato No. 3460, sino a obras faltantes para culminar el objeto previsto, y ii) la razón de ser de esta erogación adicional es poder superar la situación que impide cumplir con el cometido estatal perseguido con el objeto contractual frustrado. Más que considerarse como un doble pago o una doble financiación, debe entenderse como una medida apremiante que responde al deber jurídico que tiene el Estado de terminar una obra inconclusa e importante para la sociedad para así garantizar el fin del contrato y la continuidad del servicio. Así, el INVÍAS tiene el deber de garantizar que no haya un doble pago y, por lo tanto, debe tomar todas las medidas requeridas para asegurar que las obras del nuevo contrato que se llegue a celebrar correspondan a obras que: i) no eran parte del objeto de dicho contrato, o ii) que siéndolo, no fueron ejecutadas por el contratista, o iii) que habiéndolo sido, es necesario corregirlas. De esta manera, no harán parte del objeto contractual las obras que hayan sido ejecutadas y terminadas correctamente bajo el contrato No. 3460 de 2008”.

[Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de marzo de 2017, C.P. Édgar González López, radicación: 11001-03-06-000-2017-00042-00\(2331\)](#)